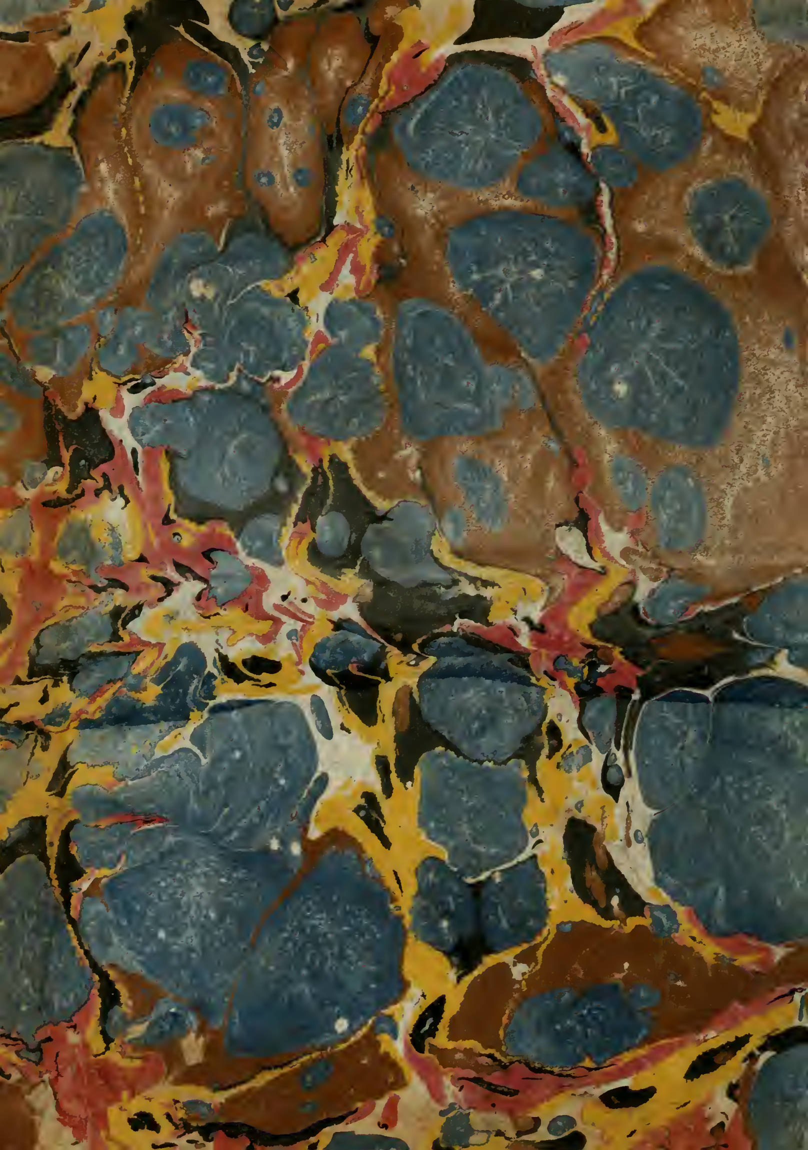
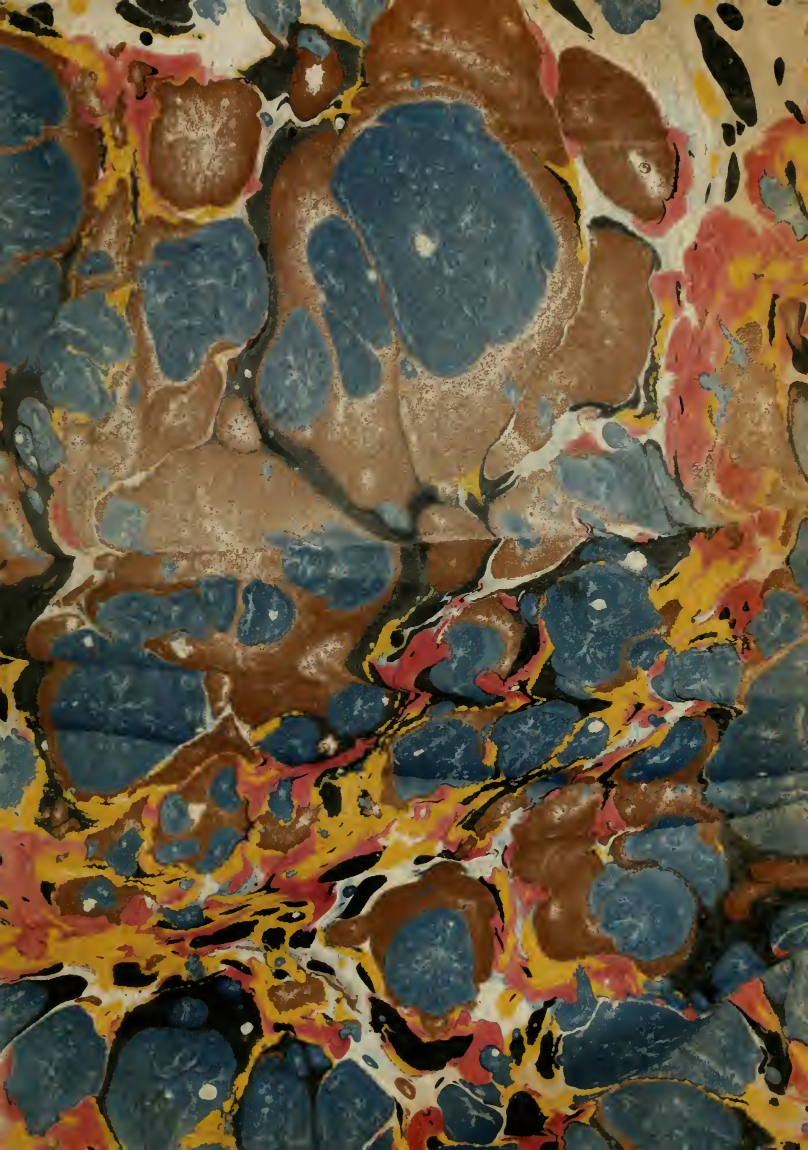

3 1761 08306420 4







Dª Jacinto Soler

# INSTITUCIONES
# DEL DERECHO PÚBLICO GENERAL
# DE ESPAÑA
## CON NOTICIA DEL PARTICULAR
## DE CATALUÑA
## Y DE LAS PRINCIPALES REGLAS DE GOBIERNO
## EN QUALQUIER ESTADO.

SU AUTOR

*DON RAMON LÁZARO DE DOU Y DE BASSÓLS, CANÓNIGO Y ARCEDIANO DEL VALLÉS DE LA SANTA IGLESIA CATEDRAL DE BARCELONA.*

## TOMO VII.

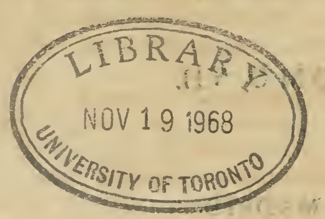
MADRID

EN LA OFICINA DE DON BENITO GARCÍA Y COMPAÑÍA.

Año de 1802.

*Se hallará con los tomos anteriores en la librería de Dávila calle de las Carretas y en Barcelona en la de Ribas plazuela de Santiago.*

*Natura enim iuris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura: considerandae leges, quibus civitates regi debeant: tum haec tractanda, quae composita sunt, et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt, quae vocantur iura civilia.* Cicero de Leg. lib. 1. cap. v.



# ÍNDICE

## DE LOS TÍTULOS, CAPÍTULOS

### SECCIONES, ARTÍCULOS Y PÁRRAFOS

### DE ESTE TOMO SÉPTIMO.

DE LOS DELITOS, QUE ALTERAN EL ÓRDEN PÚBLICO DE LA SOCIEDAD CON PÉRDIDA Ó PERJUICIO DE LA VIDA.

DE LOS DELITOS, QUE AMANCILLAN EL HONOR.



DE LOS DELITOS, CON QUE SE PERJUDICA Á LOS PARTICULARES EN SUS BIENES.

ERRATAS.

| Página | línea | dice | léase |
| --- | --- | --- | --- |
| 76 | penúltima | habitud inhumana | habito inhumano |
| | última | derivada | derivado |
| 204 | 3 | pidiere | pidieren |
| 289 | 16 | varia | diferente |

# TÍTULO QUINTO.

## DEL JUICIO CRIMINAL.

### CAPÍTULO I.

*Del órden, con que se tratará de este juicio.*

*Necesidad de probar en juicio criminal el cuerpo del delito.*

1 Explicados ya los juicios civiles con la division en ordinarios y extraordinarios, y subdivididos estos en sumarios y executivos, es preciso tratar del juicio criminal, empezando desde su principio, siguiendo todos sus trámites hasta el fin, y refiriéndonos á los títulos correspondientes en las cosas, que tuviere este juicio comunes con el civil, que no dexan de ser muchas. Por este motivo debia preceder el juicio civil al criminal. En éste, segun se dixo en su lugar, se trata de cosas criminales, que es decir de aplicar la pena correspondiente á algun crímen ó delito: y con esto mismo se vé, que lo primero que ha de constar, para formarse un juicio criminal, y que se tiene por basa y fundamento de él, es la averiguacion del delito, y lo que se llama regularmente *cuerpo del delito.* Es este un requisito muy substancial: y puede ya desde luego considerarse, que lo es por el órden natural, con que parece evidente, que no debe ninguna persona pública moverse á castigar, ó á proceder contra un particular como delinqüente, sino despues que consta haberse cometido el delito.

*Necesidad de tratar préviamente de los delitos.*

2 De aquí es, que ántes de entrar en los procedimientos del juicio criminal debe primero exâminarse, qué cosa es delito, y en qué especies ha de dividirse. En el juicio civil no fué necesario tra-

tar de las acciones, en que debe fundarse el actor, quando empieza el pleyto, por que se suponia ya todo esto sabido del derecho privado: esta suposicion no cabe en la accion, ó especie de accion y querella, con que el fiscal, el acusador ó denunciador ó el que hiciere sus veces, como se verá despues, ha de pedir la prision, y todo lo que convenga contra el reo hasta la aplicacion de la pena debida á la vindicta pública, porque todo esto es de derecho público: y, aunque pueda estar acumulada la accion civil en algun juicio criminal para la enmienda de daños é intereses ocasionados á algun particular, no es este el objeto de un juicio criminal, ni por consiguiente el nuestro en este título.

*y de las penas.*

3 Como de la pena, que corresponda al delito, puede resultar variacion en los procedimientos del juicio, ya para estrechar los términos de prueba segun su gravedad, ya para admitir pruebas privilegiadas para diferentes efectos, como tambien para decretar la soltura del reo con caucion en los delitos, que no tienen pena corporal, ó para apremiar á los testigos y á los mismos reos, y algunas veces con tormentos, con varias diferencias y efectos, que puede causar, como se verá despues, la distinta naturaleza de las penas, que se han de aplicar á los delitos, trataré tambien ántes de hablar de los procedimientos del juicio criminal, que se explicarán de un modo semejante á el del juicio civil, de las penas correspondientes a los delitos. Tanto el conocimiento de estos, como el de las penas, es asunto de la mayor importancia y digno de ser mirado con ojos filosóficos, por ser éste el punto mas interesante de la legislacion, en que va de una parte, no ménos que la tranquilidad y el sosiego público, y de otra la libertad, la vida y el honor de los ciudadanos.

# CAPÍTULO II.

## Del delito.

## SECCION I.

### De la definicion del delito.

1 Tanto en latin, como en castellano y en las lenguas vulgares, el nombre de delito suele ser mas genérico, que el de crímen, comprehendiéndose éste como especie en aquel: de manera, que en el modo comun de hablar las gentes á todo crímen se llama delito, sin que á todo delito se le dé el nombre de crímen. De éste suele usarse para significar algun delito atroz, ó de los que mas alteran el buen órden de la república, como un asesinato, un homicidio, un latrocinio y otros semejantes excesos, sin que se dexe de llamar delito á qualquiera de estas maldades: á las acciones, ó hechos ménos turbativos de la quietud pública, como á ligeras injurias y heridas, y á excesos regulares en palos y riñas, se les suele llamar delitos, sin que se les acostumbre á dar el nombre de crímenes. De este modo el nombre de delito es genérico, que encierra en sí los mayores y menores excesos: y desde luego paso á dar la definicion de lo que se comprehende en él en la significacion referida, y en quanto puede ser objeto de la legislacion, ó del derecho público.

*Explicacion de lo que es delito y crímen.*

2 El definir el delito en este sentido no es tan fácil, como explicar la significacion de su nombre: y, dexando aparte las diferentes definiciones, con que discrepan entre sí los autores, y las dificultades, que suscitan en esta materia, me parece, que podemos cómodamente sentar, que el delito

*Definicion del delito.*

es *una transgresion culpable de ley con alteracion del buen órden de la república*, y que, desenvolviendo bien lo que incluye cada una de las palabras de esta definicion, se entenderá de raiz toda la doctrina general de este título, y se obviarán muchas dificultades, que pueden ocurrir en esta delicada materia.

*Todo delito debe ser transgresion.*

3 Es muy sabido y corriente el axîoma, de que el que usa de su derecho, no hace injuria á nadie, y que no puede imputarse á culpa el haber hecho alguno lo que la ley da permiso para executar. Por esto en la *ley* 4. *Cod. Ad leg. iul. de adult.* se dice, que si Numerio habia muerto á Gracho, cogido en fragante en delito de adulterio, y en circunstancias, en que por la ley julia tenia impunidad el homicidio executado con dicho motivo, no merecia ninguna pena, por haberse obrado con permiso, autoridad ó derecho de la ley: *Quod legitime factum est*, se dice, *nullam poenam meretur.* Lo propio debia decirse del que hubiese muerto al ladron de noche ó de dia en las circunstancias, en que lo permitian antiguamente las leyes de las doce tablas, *ley* 4. §. 1. *Dig. Ad leg. aquil.* De aquí es, que ni cabe pena ni delito, si no se traspasan las lineas, que tienen puestas las leyes; y á esto alude la palabra *transgresion*, que es la primera, que empieza á guiarnos al conocimiento del delito, no solo en conformidad á la *ley* 4. referida del Código, y á otras muchas, que pudieran acomodarse al mismo propósito, sino tambien á la enfática y divina expresion de San Pablo en el *cap.* 7. *vers.* 7. de la *epístola* á los romanos: *peccatum non cognovi nisi per legem*: de manera que la exîstencia de la ley es un correlativo necesario para entender la exîstencia del pecado y del delito. De lo mismo na-

ce, que una accion, por ser prohibida á unos y permitida á otros, es delito respecto de los primeros y no de los segundos, como el mortificar con azotes es lícito á un padre con moderada correccion, y en otro se consideraria injuria y atentado, *ley 16. §. 2. Dig. de Poenis.*

4 Como lo que prescriben ó mandan las leyes puede dirigirse á prohibir á los súbditos alguna cosa ó á mandarles que la hagan, de aquí es tambien, que puede haber transgresion y delito, no solo quando executa el hombre un acto prohibido por la ley, sino tambien quando dexa de hacer alguna cosa mandada por ella. Estos son delitos de omision. De este modo es fácil explicar lo que parece dificil de comprehender á muchos, como en algunos delitos, aunque no se haya tenido influxo fisico, ni moral en ellos, por exemplo en el parricidio y lesa magestad, se castiga al que, habiendo tenido meramente noticia, no hubiese dado parte á los magistrados. Querer hacer cómplices de parricidio ó de otra maldad semejante á los referidos, como generalmente se ha pretendido hacer, por la sola omision de no haber dado parte es ciertamente duro y de muy embarazosa explicacion: pero muy justo y expedito el decir, que son reos de otra especie; y que, aunque no faltan á las leyes, que prohiben el parricidio, la conjuracion y otros delitos semejantes, faltan á las que mandan dar parte de ellos, por lo que interesa en este punto la república. Esto se entenderá mejor despues al hablar de los que no impiden los delitos.

*De ella resultan delitos de comision y omision.*

5 Lo que tiene aun mayor dificultad, que todo lo dicho, en quanto á la explicacion y division es el modo, con que se hace ó puede hacer la trans-

*De los diferentes modos, con que puede*

*hacerse la transgresion.* gresion, en que consiste el delito. De esto trataré en las *secciones* siguientes, y despues de las penas. De estas se hará tambien alguna vez mencion al hablar de los delitos: pero será solamente, para dar con las mismas alguna idea, y parte de prueba, ó confirmacion de lo que se dirá acerca de la naturaleza del delito.

## SECCION II.

### *De los que se hacen reos de los delitos, como causas físicas ó morales de ellos.*

*Causas físicas y morales de la transgresion.*

1 Puede alguno traspasar las líneas puestas por ley, siendo causa física principal de la transgresion, ó solamente ministerial, ó instrumental, ó tambien moral. No faltará quien juzgue, que este modo de dividir, ó los términos, con que se explica esta division, huelen á escolasticismo: pero me detengo poco en esto, porque conociendo algunos defectos, que suelen padecer los escolásticos, venero tambien en ellos muchas prendas, y entre estas la exâctitud de definir y dividir, que es la que ha de desentrañar todas las cosas, y darles luz para ser vistos todos los átomos de ellas: punto de suma consideracion, y muy descuidado de la mayor parte de los que declaman contra escolásticos.

*Quál es la causa física, y quál su influencia y responsabilidad en quanto al delito.*

2 Como la causa física es la que produce algun efecto ó cosa, no debemos ocuparnos mucho en esta parte, no pudiendo casi añadirse ninguna luz á lo que ya presenta por sí misma la sola idea y nombre de causa física de alguna transgresion, la qual es el mismo que la hizo, cometiendo algun exceso, ó falta prohibida por la ley: y así el homicida será causa física de la muerte violenta, y

el ladron del hurto, porque física y realmente producen los delitos expresados. Igualmente claro es, y necesita aun ménos de exâmen, el entender, quánta causa sea la física para todos los efectos de penas y conseqüencias del delito, no pudiendo excusarse de ninguno el que fuere autor de una transgresion en el modo expresado. Lo que es algo mas obscuro en quanto á esta parte es el conocer la naturaleza de la causa de la transgresion en los que no lo son del modo dicho, sino por ser causas ministeriales, ó instrumentales ó morales, de lo que voy á tratar ahora.

*De lo mismo en quanto á la causa ministerial.*

3 La causa ministerial ó instrumental de las transgresiones es la que no obra principalmente por sí misma el delito, sino suministrando ó dando, ó proporcionando alguna cosa, y sirviendo de medio é instrumento, con que la causa física principal executa la transgresion: y así los que aprontan, ó tienen arrimada ó defendida la escalera al ladron, que por ella sube á hurtar en una casa, los que le dan la herramienta para descerrajar ó franquear puertas, los que dan armas á los asesinos para matar, veneno ó dinero para comprarle con dañada inteligencia, de que ha de servir para el homicidio, los receptadores y encubridores en todo género de delitos, y otros semejantes, son causas ministeriales ó instrumentales de las indicadas transgresiones: y como autores de ellas se reconocen y castigan, segun se puede ver en las *leyes* 54. §. 4. *Dig. de Furt.*, la 7. *Dig. Ad leg. pomp. de parric.*, *la* 1. §. 1, *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, la 1. §. *ult. de Extraordin. crim.*, la 12. *tit.* 8. *part.* 7. y en todo el título *Dig. de Receptatoribus*, tratándose en estos lugares de dichos casos: y, aunque para el efecto de la aplicacion de pena, puede ó debe en algunas

circunstancias hacerse distincion de los que concurren instrumentalmente en la execucion de un delito, y de los autores principales, que le cometen, de lo que se tratará despues, esto no quita, que los primeros no sean considerados tambien como reos y causas de la transgresion, y algunos dignos de muerte, como dice S. Pablo en el *cap* 1. de la *epístola* á los romanos *vers.* 32.: *qui talia agunt digni sunt morte: et non solum qui ea faciunt, sed etiam qui consentiunt facientibus.*

*Quál es la causa moral, y quántas sus especies.*

4 Causa moral de la transgresion es la que la produce, ó la hace con la voluntad, sin concurrir con el cuerpo ó sus miembros físicamente á la execucion: y me parece que pueden reducirse á cinco los modos, con que puede causarse moralmente la transgresion, esto es á mandamiento, á mandato ó encargo, á ratihabicion, á consejo, y á tolerancia ó conivencia: de cada uno de estos modos hablaré ahora, para entender quando hay causa moral de algun delito y quien lo sea.

5 Hablando en general de todos puedo decir con el jurisconsulto Ulpiano en la *ley* 15. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, que no hay diferencia entre el que da la muerte ó causa para ella: *nihil interest, occidat quis an causam mortis praebeat.* El mismo jurisconsulto, hablando de la interpretacion del edicto relativo á las violencias de hecho, con que se despoja á alguno de su posesion, dice en la *ley* 1. §. 12. *Dig. de Vi et vi arm.*, que parece, haber despojado el que hubiere dado órden ó mandamiento para hacerlo; y que ha parecido haber poca diferencia, en que lo execute uno con sus propias manos ó valiéndose de otro: *parvi enim referre visum est*, dice, *suis manibus quis deiiciat, an vero per alium.* Del propio modo discurre el mismo Ulpiano en la *ley* 5.

*Dig. Ne quis eum qui in ius voc.* y en la 5. §. *ult. Dig. Quod vi, aut clam.* Coinciden en lo mismo las *leyes* 5. *Cod. de Accusat.* y la penult. *Cod. Si reus vel accusat.* con el adagio vulgar de que *qui per alium facit per seipsum facere videtur.*

6 El mandamiento ó precepto de superior, ya sea de padre á hijo, de tutor á pupilo, de señor á esclavo, de amo á criado, de gefe á dependiente ó súbdito, y de qualquier clase de superior á inferior, es uno de los medios, con que dixe, que puede causarse moralmente la transgresion, que forma algun delito, como es ya por sí manifiesto, y lo autorizan las leyes, disponiendo, que dichos superiores en los indicados casos sean castigados como autores ó causas del delito segun la *ley* 11. §. 4. *y* 5. *Dig. de Iniur.* Dice en ella el jurisconsulto, que tanto si yo hubiere alquilado á otro, para que cometiese alguna injuria, como si la hiciere cometer á mi propio hijo, no solo el que injurió real y fisicamente, sino tambien yo quedo obligado y responsable: da la razon, que es comun á todo precepto, y órden dada para cometer algun exceso, esto es que la injuria se hizo en dicho caso por hecho y obra mia, aunque fuese por otra persona: *quia mea opera facta sit iniuria.* Concuerda con esta ley *la* 5. *tit.* 15. *part.* 7. Confirma lo mismo la *ley* 7. §. 4. *Dig. Arbor. furt. caesar.* Y no tiene duda, que en semejantes casos el autor principal del delito es el que, abusando de la facultad que tiene para mandar, le hace executar por otro, viniendo á ser éste el instrumento, de que se vale el que manda, aunque no de los instrumentos, que se llaman meramente pasivos, sino cooperativos, y sin dexarse de considerar causa fisica del delito, como lo es en realidad, para ser

*El que manda la transgresion es causa moral de ella.*

castigado en el modo, que se dirá despues, habida razon de lo que ha de disminuir la culpa el mandamiento. No solo el derecho civil y natural está conforme con lo que digo aquí, sino tambien el divino: pues vemos en las sagradas letras, que se imputó á David la muerte de Urias en términos, que el profeta Natan le dixo: *mataste con la espada á Urias*, *lib.* 2. *Regum cap.* 12. *vers.* 9.

*Tambien lo es el mandato.*

7 El mandato ó encargo, que hace alguno á otro, para que execute alguna cosa, obra en quanto al derecho privado los efectos de obligar al que dió el mandato á todo lo que se haya hecho en fuerza de él, reconociéndose al que dió el encargo como á autor y principal en el negocio, y al mandatario, como que no obra en su propio nombre y de su voluntad, sino en el nombre y voluntad del otro. Estas mismas razones militan, para que quando se dá mandato ó encargo de cometer algun delito, se mire al que le dió como á autor y principal, y de consiguiente como á causa moral, ya que no es fisica, como que de su voluntad se executa el exceso. Por esto las leyes suelen castigar con la misma pena al que dió el mandato, que al que le executó, *ley* 11. §. 3. *Dig. de Iniur.*, *ley* 25. *tit.* 12. *part.* 5.: y lo mismo es en el caso de no haberse hecho por mandato meramente gratuito el delito, sino con paga, alquilándose por precio el executor de la maldad, segun el §. 4. de dicha *ley*, y la razon natural ántes indicada, de que el que obra como principal en semejantes casos es el que alquila á otro para dicho fin.

*Sobre si la ratihabicion es como el mandato en delito.*

8 No es tan fácil, como lo hasta aquí dicho, el entender, como la ratihabicion ó aprobacion de un delito puede tener los mismos efectos, que el mandato, de que he hablado, ó como pueda

compararse con él segun Ulpiano en la *ley* 152. §. 2. *Dig. de Reg. iur.* En ésta se dice, que en los maleficios se compara la ratihabicion con el mandato: *in maleficio ratihabitio mandato comparatur.* No tanto lo que dice, ó quiere decir esta ley, como la mala inteligencia, que le han dado, ha sido causa, de comparar la ratihabicion con el mandato en punto de delitos, y de pensar, que á lo menos se debe aplicar pena extraordinaria en este caso, como dice que pretenden algunos Matheu *de Crimin. Prolegom. cap.* 1. *num.* 14.: él no parece, que se avenga muy bien con este modo de opinar.

***Argumentos que excluyen dicha comparacion.***

9 En efecto son concluyentes los argumentos, con que él sienta, que no puede tener lugar la aplicacion de pena correspondiente al delito por la ratihabicion, con que alguno le apruebe y dé por bien hecho: de el que aprueba de este modo dice, que no puede afirmarse, que con sus manos cometió la maldad, ni que diese causa á ella. Dice tambien, que debiendo en la aplicacion de penas, que corresponden á los delitos, atenderse el tiempo, en que se cometiéron, como previene la *ley* 1. *Dig. de Poen.*, y no habiendo tenido arte ni parte en dicho tiempo el que despues aprobó con ratihabicion algun delito, no hay valor para aplicarle la pena. Trae al mismo propósito la *ley* 13. *Dig. de His qui not. inf.*, sentando, que el padre, que aprobó con ratihabicion el matrimonio de su hijo con viuda dentro del año del luto del marido difunto, no contrae la nota de infamia, en que en otra manera incurriría por el modo de filosofar antiguo de los jurisconsultos en esta parte si lo hubiese querido, mandado ó aprobado ántes del contrato. La *ley* 152. dice el citado autor, que debe entenderse con relacion á los efectos civiles

y pecuniarios: esto es ciertamente muy verisimil no solo por la repugnancia, que tiene el entenderlo de otro modo, sino tambien por el tenor de la ley, en la qual se trata de hechos, con que á alguno se le despoja de la posesion ó del lugar, en que está. El mismo órden y modo, con que voy tratando este asunto, proporciona otro argumento á favor de la opinion referida. Es cierto, que para ser uno delinqüente ha de haber cometido alguna transgresion culpable: lo es igualmente, que para ser reo de transgresion, debe haber sido causa física ó moral de ella: ninguna de éstas puede ser el que ratifica lo hecho, porque es manifiesto, que el efecto nunca puede preceder á la causa.

*Modificacion con que deben ellos entenderse.*

10 No obstante lo dicho me parece, que no pueden pasarse por alto las siguientes advertencias. Hay alguna especie de delitos, que despues del acto principal, con que se cometiéron, se continuan con otros consiguientes á él mismo, como el llevar ó esconder en alguna parte la cosa hurtada, siguiendo en la apropiacion ó contrectacion, como dicen las leyes romanas, que por este motivo ya senté en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 4. *n.* 18., que el ladron, que lleva la cosa hurtada á otra provincia, puede en ésta ser castigado, como que ha cometido allí delito: el encubridor, de la cosa hurtada ó robada, aunque ántes no hubiese tenido noticia del robo, ni influxo en él, se considera cómplice, si le aprueba ó ratifica ocultando la cosa, que se hurtó: en este caso puede decirse, que la ratificacion se compara con el mandato, y hace cómplice y responsable al que ratifica el delito anterior: pero esto propiamente es por ser causa moral y aun física de un acto, con que se con-

tinúa el delito, y por consiguiente autor en parte de él. En los receptadores y encubridores de delinqüentes, que no tienen continuacion de actos despues de haberse cometido, como en un homicidio, puede discurrirse de un modo semejante. Prescindiendo de si debe darse noticia por los particulares, que sepan un delinqüente, y de cómo, y quándo deba esto hacerse, es cierto, que por infinitas leyes, como se verá despues, está prohibido el receptar y ocultar los reos y los delitos: si suponemos la hipótesis de que alguno, aunque sin haber entendido ni sabido nada en un homicidio, oculta despues las armas, con que se cometió, ó al mismo reo, no tiene duda, que debe considerarse delinqüente, y digno de castigo por la ratihabicion, que incluye el encubrir el delito; pero entónces no tanto considero en el receptador delito de homicidio, como de ocultacion de un homicida ó de un homicidio, la qual está prohibida por ley: y el que oculta no tanto es delinqüente en dicho caso por ratihabicion del antecedente delito, como por transgresion de las leyes, que prohiben encubrir á los malechores. Del mismo modo podemos filosofar en el caso, en que por exemplo el aplaudir, ó celebrar algun pasquin pueda, atendidas las circunstancias del tiempo y publicidad del acto, conmover ó influir en algun desórden: la aprobacion y aplauso, que viene despues, debe mirarse, como delito de contravencion al respeto, con que las leyes quieren justamente, que se venere al gobierno. Bien deslindada la materia en estos casos siempre resultará, que la ratihabicion no puede hacer á nadie responsable, ni cómplice del delito anterior, sino de otro, que por tener relacion con el primero puede fácilmen-

te confundirse con él, y hacer parecer que la ratihabicion le incluye. No es ésta una distincion metafisica, aunque á algunos quizá lo pareciere, sino muy substancial é importante para discernir la naturaleza del delito.

*Comparacion del consejo con el mandato: quál su influencia en la transgresion.*

11 Mas semejanza puede tener el consejo, que la ratihabicion, con el mandato, para imputarse la transgresion á quien la aconsejó: éste, por la fuerza, que tienen las instigaciones y persuasiones en los ánimos de los hombres, no puede dexar de considerarse, como autor de una cosa aconsejada por él, ó hecha á su instancia: no milita aquí ninguno de los reparos opuestos en quanto á la ratihabicion: pues el consejo ya precede á la transgresion mediante la depravada voluntad en influir é inducir al aconsejado, para que haga el exceso. En las leyes romanas tenemos muchos lugares, que conforme á este modo de raciocinar, derivado del derecho natural, mandan aplicar las penas, y graduar como delinqüentes y transgresores de las leyes á los que aconsejan algun delito, como se puede ver en la *ley* 12. *y* 14. *Dig. Ad leg. iul. de adult.* en la *ley* 6. §. *ult. Dig. Ad leg. fab. de plag.* en la *ley.* 36. *Dig. de Furt.* y en otras muchas. Pero la dificultad está en explicar, en qué términos, ó de qué modo ha de haberse aconsejado la transgresion para creerse, que el autor, que dió el consejo, fué causa moral ó reo de ella, porque pudo no serlo realmente: y debe distinguirse la mayor y menor persuasion, que puede hacerse.

*Opinion impugnada de Matheu en quanto á dicho consejo.*

12 Matheu en el *cap.* 1. *de Crimin. Prolegomena num.* 9. trata de esta materia, alegando leyes romanas, que parecen encontradas. Por la 50. §. *penul. Dig. de Furt.*, *la* 1. §. 13. *Dig. Ad senat. cons. turp.*, *la* 11. §. 6. *Dig. de Iniur. y el* §. 11. *Inst. de*

*Obligat. quae ex del. nasc.* parece, que no basta el simple consejo, para incurrir en la pena del delito aconsejado, y que es menester alguna especie de cooperacion, ó impulso fuerte, ó instruccion facilitando el medio y los caminos para consumarle. Por la *ley* 12. *Dig. Ad leg. iul. de adult.*, la 1. §. 4. *Dig. de Seruo corrup.* y la 36. *Dig. de Furt.* parece, que basta el simple consejo, para reputarse el que le dió causa moral del delito. En este encuentro de pareceres se opone dicho autor lo que á qualquiera es muy obvio de discurrir, conviene á saber, que parecerá justo, tomar el partido de seguir la opinion mas pia ó benigna: y sin dar salida, segun me parece, á este reparo, que él mismo se opone, abraza el extremo opuesto, diciendo que no debemos amar tanto la clemencia, que perezca la gloria de la severidad, y que no usándose de ésta en la materia, de que tratamos, acrecentaríamos la malicia, é incitaríamos á los hombres á cometer maldades, sabiendo la impunidad, que hay en exhortar é instigar á otros.

13 Esto no puede seguirse jamás, porque es cierto, que el mover y dar impulso á otro, para que cometa un delito, siempre ha de ser castigado, como turbativo del buen órden de la sociedad, y prohibido por infinitas leyes: el punto de la dificultad es, si el castigo ha de ser con la pena correspondiente al delito aconsejado, juzgando al que dió el consejo, como á autor principal del exceso: y esto no es ciertamente ni claro con lo que trae el referido autor, ni muy fundado por otra parte. Él dice, que las leyes, que están contra su opinion, son fáciles de explicar en sentido, que no le perjudiquen: á mí me parecen sumamente dificiles: no hay mas que verlas: yo me contento con

indicarlas, porque no es de mi obligacion el internarme demasiado en el derecho romano, sino en quanto puede servir de apoyo al nuestro, ó al nacional de qualquier estado. Las leyes, que me parecen tener muy expédita solucion, son las que se han citado arriba á favor de la opinion de Matheu: ¿pues qué contienen todas ellas? algunos casos particulares, en que se decide, que los que han persuadido ó aconsejado algun delito se tienen por reos y responsables de él: sea esto así; pero ha de entenderse en términos hábiles del modo y forma, que entienden los jurisconsultos el persuadir y aconsejar en esta materia; y esto es lo que declaran las otras leyes, que no deben mirarse contrarias, sino declaratorias de las que son al parecer opuestas. Me hace mucha fuerza, para inclinarme á este modo de pensar, la razon, la natural clemencia, que en caso de duda nos obliga á seguir la opinion mas benigna, la literal disposicion y autoridad de dichas leyes, y lo que dice la 16. *Dig. de Poen.*, en donde entre los que son dignos de castigo se incluyen aquellos, en quienes el haber contribuido al delito persuadiendo es una especie de maldad: *quosque alios suadendo iuvisse sceleris instar est*: como que ni el persuadir por sí solo, ni todo persuadir, es delito en quanto á las leyes ó derecho público, si el consejo ó persuasion no es en los términos indicados de cooperar á él.

*Opinion de otros y la de distinguir consejo general y especial.*

14. Algunos entienden, que la persuasion, ó consejo, para considerarse causa del delito ó digno de todas las penas, que corresponden á él, ha de ser en términos, que, no habiendo mediado dicho consejo, no se hubiese cometido el delito: y puede fundarse mucho esta opinion en la *ley* 11. §. 6.

*Dig. de Iniur.* y en el *cap.* 6. §. 3. *de Homic. vol.* : yo creeré, que esto tenga lugar, quando se trata de un consejo general, vago é indeterminado, sin influir nada, ni facilitar con instruccion ninguna la execucion del delito. Entónces, si se comete el delito, solo puede ser reo de él quien le aconsejó, si se justifica, que no concurriendo la persuasion no se habria hecho: pero quando concurre persuasion ó consejo, que llaman algunos especial, esto es, de instruccion é impulso particular, que facilita el exceso, por esto solo, prescindiéndose de si de otro modo se habria cometido ó no el delito, puede segun todas las leyes citadas considerarse el consejero autor, ó causa moral del delito aconsejado: y tanto en este caso, como en el otro, de haber mediado el consejo de modo, que no interviniendo él no se hubiese cometido el delito, es bien manifiesto el influxo, que tiene la depravada voluntad del que aconseja en el delito, y que ha de ser juzgado como causa moral de él. Favorece mucho esta opinion el §. 11. *Inst. de Oblig. quae ex del. nasc.* hablando del hurto; y veo, que tambien la sigue Vinio en dicho lugar. El Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre penas cap.* 4. §. 2. *num.* 42. tambien admite esta distincion de consejo general y especial, diciendo que el que le diere general solamente es reo del delito en el caso, que he dicho, y supone ser esta opinion muy autorizada por nuestros intérpretes: pero en el *num.* 43. *ibid.* en quanto al consejo especial dice, que el que le dió es un verdadero cómplice del delito, y que por consiguiente, segun fuere mayor ó menor su influxo, se debe aumentar ó disminuir la pena. Con esto solo habla de pena extraordinaria. Vinio parece supone, que se ha de dar la ordinaria, á no ser que se limite lo que allí

dice á las acciones pecuniarias, que resultan de los delitos. La otra opinion es mas equitativa y humana.

15 Por lo demas el que da un simple consejo, prescindiendo de las circunstancias referidas, no parece que pueda decirse reo del delito en caso que se cometa, no solo por las razones ántes indicadas, sino tambien porque no consta en el caso, de que se controvierte, que el que aconseja sea causa de la transgresion: y, aunque puede pervertir mucho un mal consejo, con todo en caso de no constar parece, que por razon natural debe suponerse, que el delinqüente cometió el exceso por la determinacion de su propia voluntad, y que por si ya se habria arrojado á cometerle, mayormente siendo cierto, que debia despreciar el consejo, y que éste de ningun modo le podia disculpar. Lo que no puede olvidarse es, que, no habiéndose seguido la execucion del delito, no hay que pensar en graduar el consejo como transgresion, *ley* 53. al fin *Dig. de Verb. sign.*, *ley* 52. §. 19. *Dig. de Furt.*: pero esto ya es comun á todo delito, como dirémos despues, considerándose en él no tanto el malvado ánimo en cometerle, como las resultas de la execucion: y solo puede ser digno entónces el que aconsejó de la pena corrrespondiente á la seduccion.

*Sobre si el que no impide un delito es causa moral de él.*

16 Tan dificil y embarazosa como la antecedente es la qüestion, de si el que no impide un delito, pudiendo hacerlo, es causa de él. Matheu en el *num.* 15. del citado *cap.* 1. de los *Prolegómenos* trae tambien varias leyes del derecho romano al parecer encontradas, que son los fundamentos, en que estriban la opinion afirmativa y negativa, que hay en este punto. El que quiera puede verlas en el citado capítulo: yo, para abreviar, y por lo di-

cho en quanto al consejo, las omitiré. Prescindiendo del derecho romano en la ley divina, como se puede ver en el *Exôdo cap.* 21. *vers.* 29., estaba mandado castigar de muerte al que no hubiese tenido con la custodia correspondiente á un buey mal domado, ó acostumbrado á dar cornadas, si por éste se hubiese muerto á algun hombre: prueba de que es responsable del daño ocasionado el que, pudiendo impedirle, no le impide. Ciceron en el *lib.* 1. *de Officiis cap.* 7., tratando del derecho natural, dice, que falta á la justicia el que no se resiste, pudiendo hacerlo, á la injuria, que va á cometerse contra otro. Grocio en el *lib.* 2. *de Iure belli et pacis capit.* 25. §.6. *y* 7. opina del mismo modo, citando en confirmacion las leyes de los egipcios, y á Platon, y exceptuando solamente el caso, en que se corriese algun peligro por el que ha de impedir el delito.

*Algunos sientan que lo es en delitos atroces y en superiores.*

17 El autor del *Discurso* citado sobre las penas en el *cap.* 4. §. 2. *num.* 44. dice, que el que no impide un delito pudiendo impedirle naturalmente concurre á él, pero que se ha de distinguir de delitos y penas. En los delitos atroces, dice, que pide el bien de la república, que sea reputado por cómplice de delito el que no le estorba pudiendo hacerlo: pero á mí me parece, que de delitos atroces á los que no lo son, solo puede haber la diferencia de corresponder, tanto á los que fisica, como á los que moralmente concurren á él, diferente pena, mas ó menos fuerte á proporcion de la gravedad del exceso; y que, si el que no estorba un delito, que no es atroz, no se entiende ser causa moral ó concurrir moralmente á él, no es fácil concebir, cómo ó por qué lo ha de ser y concurrir en caso de ser atroz el delito. En quanto á las personas se distin-

guen en el *num.* 45. *y* 46. *ibid.* las que tienen alguna potestad, ó autoridad sobre el delinqüente, y las que no tienen sino la conexîon comun, que la naturaleza ha puesto entre todos los hombres, ó la sociedad entre todos los ciudadanos. En este caso dice, que aunque el que no impide falta á los oficios de humanidad y de civilidad, por no estar estos sujetos á la censura de las leyes, tampoco podrá ser castigado por ellas: en el otro sienta, que los que por su oficio deben cuidar de la conducta de sus súbditos ó dependientes, teniendo autoridad para corregirlos, si pudiendo evitar el delito no lo hacen, son causa de él, y deben reputarse cómplices. Ya viene á ser lo mismo lo que dice Matheu en el *cap.* 1. citado *num.* 15., que generalmente debe sentarse, y que es esta la comun opinion, que el que no impide un delito no puede considerarse reo de él, limitando esto mismo con tres excepciones: la primera, de que no tenga esto lugar en los delitos gravísimos, como de lesa magestad, parricidio y rapto; la segunda, que tampoco le tenga en los que por razon de su empleo ú oficio debian haber estorvado el delito, como magistrados, padres y amos; y la tercera en los que por razon de obsequio y dependencia debida habian de haber impedido, como los esclavos y hijos.

18. Segun parece en el modo de opinar de estos autores, quando se trata de los que tienen á su cuidado y cargo la conducta de otros, no será menester, que sea atroz el delito, para que quede responsable por él el padre, tutor y otros semejantes, que no le impiden: pues, si tambien en estos se necesitase de la atrocidad de delito para imputarse, seria inepto el poner la segunda excepcion.

*Impúgnase* 19. La referida sentencia de los dos autores, ó

ya sea la comun de la mayor parte, se me presenta de un lado como muy benigna, y de otro con un semblante todo opuesto de cruel: benigna, porque en los casos no atroces no considera delito en quien parece que le comete: y cruel, porque supone concurrencia moral en los delitos mas graves, sujetándose, segun se trasluce, á los que no han impedido los indicados delitos, como cómplices de ellos, á las mismas penas que á sus autores. Bien creo que un padre tiene mas obligacion de contener á un hijo, que otro, en quien no concurra dicha conexîon, ni otra alguna particular: pero en quanto al concepto de la accion en una herida, ú otro delito semejante, que no llegue á la gravedad de parricidio y rapto, no sé concebir claramente, como pueda decirse, que el padre cometa el exceso, hecho en su presencia, concurriendo moralmente a él, y no le cometa otro hombre, que siendo esforzado y superior conocidamente para sujetar sin peligro á un niño ó jóven arrebatado, no lo hace aunque no sea padre. En esta materia pretendo explicarme de un modo diferente en quanto al concepto de la accion, sin apartarme de lo que establecen dichos autores en órden á reconocer delito digno de castigo en los que no lo estorban en los casos, de que tratamos.

*dicha distincion.*

20 Se me resiste mucho el decir, que en las hipótesis expresadas sea él que no impide el delito causa de él ó cómplice, no habiéndole hecho con sus propias manos, miembros ó cuerpo, ni cooperado á él con mandamiento, ó mandato, ni aconsejado, ni aun querido positivamente. Sin alguna de estas circunstancias no parece, que pueda reconocerse el que no estorbó causa física, ni moral de la transgresion: yo no tanto descubro en quanto al delito cometido en estos lances accion mala respec-

*Modo con que puede explicarse como falta el que no impide un delito.*

to del que no impide, como inaccion; ni hallo causa ni influxo positivo, sino, á todo apurar el asunto, meramente negativo: pero, aunque no considero á los sugetos referidos autores y causas de los delitos cometidos, los juzgo reos de otros. El que puede sin peligro suyo evitar algun grave daño al próximo está obligado á hacerlo: *quod tibi non nocet alteri prodest ad id sumus obligati*: por este principio, que es ley de derecho natural, por la *ley* 45. *Dig. Ad leg. aquil.* en el principio, y por otras muchas de la jurisprudencia romana, como tambien las nacionales en varias partes, el que sin peligro, ni incomodidad propia puede evitar la muerte, herida, injuria ó qualquier otro daño del próximo, y no lo hace, falta á su obligacion: y aunque no sea reo de haber traspasado las leyes, que prohiben la muerte, herida é injuria, lo son de haber contravenido á las leyes ántes citadas de derecho romano, natural, y divino. Solo pueden decirse reos de la muerte, herida é injuria, en un modo de hablar abusivo é impropio de quien ha de distinguir con la debida precision unos delitos de otros. Con este genero de explicacion diré lo mismo, que los demas, aunque interpretando de diferente modo el delito, ya porque me han llevado á esto los principios, que he establecido en esta materia, ya tambien, porque puede servir este modo de explicarme para formar en muchos casos el debido juicio de la naturaleza de los delitos.

21. En los que no son atroces no se aplica pena á los que no han impedido el delito: la causa de esto es, porque no es el que no ha estorbado entónces el delito causa física ni moral de la transgresion, y porque, aunque la haya por otra parte de las leyes, que mandan impedir el delito, esta obli-

gacion no la miran los legisladores tan estrecha, y de tanta eficacia, que el faltar á ellas lo reputen digno de particular castigo no siguiéndose atrocidad ó crimen atroz. Castígase en efecto la misma inaccion de no impedir un delito en los magistrados, padres, tutores, señores, amos y otros responsables de la conducta de sus súbditos ó dependientes: esto será porque tienen dichos superiores mas estrecha obligacion por las leyes, y contravienen con daño del público á muchas, que no hablan con otros, en órden á zelar sobre la conducta de los que estan confiados á su cuidado, que es cosa de mayor importancia y conseqüencia para el estado. Castígase en los delitos atroces sin distincion de personas á todos los que no han impedido un delito, y acaso con las mismas penas establecidas contra los que fisica ó moralmente le cometen: esto será, porque las obligaciones, arriba indicadas, de interesarnos en la defensa del próximo, son mucho mayores en el lance, en que va á cometerse contra nuestros hermanos alguna atrocidad, capaz de excitar á qualquier hombre por rastro de humanidad que tenga, y porque el permitir con indolencia, que se corte un miembro de nuestra sociedad, por todos los daños que pueden seguirse es digno de severo castigo: pero, hablando en general, el que no impide un delito no parece que pueda reputarse cómplice de él: ni aplicársele la misma pena por lo regular. En esto parece, que está conforme nuestra legislacion, como verémos al hablar de las penas.

## SECCION III.

### *De la necesidad de voluntad, libertad y advertencia en el delito.*

*No puede ser culpable la transgresion sin voluntad, libertad y advertencia.*

1 Explicado ya el modo, con que se hace la transgresion, queda por manifestar como es ella culpable: pues, por mas que alguno traspase las líneas señaladas por ley, sino hay en esto culpa, por no haberse obrado con voluntad, libertad ó advertencia, de que era vedado lo que iba á hacerse, no puede concebirse idea de delito: nombre que ya de por sí lleva para con qualquiera la significacion de cosa reprehensible y digna de castigo. Es menester, que la transgresion, en que consiste la naturaleza del delito, se haga, para poderse graduar de culpable, con la indicada voluntad, libertad y advertencia.

*Falta de voluntad en transgresiones hechas con violencia.*

2 Por falta de la primera no debo contar en el número de delitos todos aquellos hechos forzados, á que ó un caso fortuito, ó la violencia de otros hombres arrastra á alguno á que con su cuerpo, á pesar de la resistencia de su ánimo, execute alguna accion, que hecha voluntariamente seria delito, como en el caso de un estupro violento y en otros excesos semejantes. El Sr. D. Juan Gregorio Muniain en 6 de septiembre de 1770, con motivo de un caso, en que se habia puesto preso á un pescador con su hijo, á quienes se forzó á cooperar á una desercion, comunicó al exército, haber resuelto S. M. en declaracion del *art.* 95. *tit.* 10. *trat.* 8. de las ordenanzas, que en caso de resultar justificada la inocencia de qualesquiera personas, que desde luego se aprendieren ó contemplaren

cómplices en alguna desercion, habiendo contribuido forzados se les ponga en libertad, y se dé cuenta con los autos. En la *ley* 13. §. 7. *Dig. de Adult.* se dice, que la casada ó soltera forzada no puede ser condenada con pena de adulterio ni estupro.

3 En estos casos se puede decir con toda propiedad lo que decia la casta Lucrecia, despechada por el ultraje de Tarquinio, *corpus est tantum violatum*, *animus insons*, y lo que para consolarla le decian su padre y marido, *mentem peccare non corpus, et unde consilium abfuerit culpam abesse*, como se puede ver en en el *lib.* 1. *cap.* 58. *de la Historia romana* de Tito Livio. Puede traerse al mismo propósito lo que dice Ciceron en el *cap.* 22. del *lib.* 1. de sus *Tusculanas*, disputando de la inmortalidad del alma, y de que ésta es la que forma al hombre y no el cuerpo. Dice allí, hablando con el discípulo, que el precepto de Apolo, de que se conozca cada uno á sí mismo, no se dirige á que conozca sus miembros, su estatura y figura, sino su alma: y añade con la gracia, que suele: *ni quando yo digo á tí estas cosas las digo á tu cuerpo.*

*Por falta de voluntad no pueden castigarse los parientes del delinquente.*

4 Por la misma razon de ser la voluntad necesaria en el delito debe inferirse, que las penas solo han de comprehender á sus autores, y no á los hijos, padres y parientes inocentes: de manera, que á los referidos no se les puede incluir en el castigo, ni excluir tampoco, con el título de haber delinquido el padre ó algun pariente, de los honores y cargos de la república, *ley* 26. *Dig. de Poen.*, *ley* 22. *Cod. Eod.*, *ley* 2. §. 7. *Dig. de Decurion.*, *ley* 3. §. 9. *Dig. de Mun. et honor.*, *ley* 9. *tit.* 31. *part.* 7. Cada uno, como dice el adagio, es hijo de sus obras: y esto en ningun asunto parece ser mas verdadero, que quando se trata de excluir de la pe-

na á los que no cometen, ni influyen con su voluntad en el delito.

*En crímenes de lesa magestad pueden echarse del reyno.*

5 Esta doctrina no quita, que en crímenes de lesa magestad, especialmente *in primo capite*, no se puedan echar del reyno los hijos ó parientes, y que lo mismo ó un derecho semejante de exclusion de algunos honores ó de otra especie alcance á los parientes en delitos de heregía en algunos estados, ó en maldades de otra especie: porque con tal, que no se haga lo dicho á título de pena, para la qual es necesaria la culpa personal, el solo fin de que las gentes miren con el mayor horror aquellos delitos puede ser bastante causa, para excluirlos del reyno, ó de los indicados cargos: y es notorio, que á veces hay causa justa, para que padezcan algunos, que no tienen culpa, como sucede en una guerra justa, y en otras calamidades, que cogen á muchos inocentes procediéndose por el camino de la justicia. Abomina, como se debe, el Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre las penas cap.* 5. §. 4. *numer.* 9. de la maldad de Eutropio en sugerir al Emperador Arcadio lo que dice la *ley* 5. §. 1. *Cod. Ad. leg. iul. maiest.*, que los hijos de los reos de lesa magestad debieran morir con sus padres, porque es de temer, que los imiten, y sean tambien herederos de sus delitos: *Razon digna*, añade, *de un ambicioso y cruel eunuco, que con la multitud y atrocidad de las penas pretendia conservar la excesiva privanza y despotismo, que exercia en la voluntad de su señor.*

*Explicacion de como los castigos de Dios alcanzan á los inocentes.*

6 En las divinas letras se lee, que Dios es zeloso, y que castiga hasta la quarta generacion, con muchos exemplos de estragos y calamidades de la antigua ley, en que por los pecados de algunos culpados fuéron envueltos infinitos inocentes en los castigos y males, con que Dios vengó aquellas malda-

des: pero á esto solo puede extenderse el poder de Dios, autor y dador de la vida y demas beneficios, que, así como los da por su mera liberalidad, puede quitarlos, y los quita por los secretos juicios de la divina providencia, á que no puede penetrar la cortedad de nuestro entendimiento. El P. Marquez en su *Gobernador christiano lib.* 1. *cap.* 32. §. 2. explica, como debe entenderse todo lo que acerca de este punto crítico se lee en los libros sagrados, conviniendo él con todos los autores, en que el poder del legislador humano no puede por ningun término extenderse á lo mismo.

*De la voluntad forzada.*

7 Sobre si la voluntad forzada con miedo ú otra pasion es voluntad se hablará al tratar de la advertencia por la conexîon de la materia.

*Por falta de voluntad no hay delito ni castigo en las bestias.*

8 Del mismo principio de necesítarse de la voluntad en los delitos debe deducirse, que no los hay en las bestias, por carecer de voluntad ó razon, á lo ménos formal y libre, en caso que á alguno pueda parecer plausible la racionalidad en los brutos, que han querido defender algunos, como el P. M. Feijoo. Y aunque en las divinas letras, como en el *cap.* 21. *vers.* 28. *y* 29. del *Exôdo*, se lea haber mandado Dios, que se matase al buey, que hubiere muerto á algun hombre, y en el *cap.* 20. *vers.* 15. *y* 16. del *Levítico* á la bestia, con quien hubiere tenido ayuntamiento un hombre, refiriéndose de varias naciones muchos exemplos de haberse condenado á muerte de horca, fuego, cortamiento de cabeza, ó de otro miembro, á diferentes bestias, como se puede ver, entre otros en Matheu *de Crimin. Prolegom.* en el *cap.* 2. *num.* 1., con todo, bien exâminada la materia, no se pueden decir propiamente penas las mortificaciones, con que han sido atormentadas y muertas las bestias: ni me parece, que

puedan defenderse los hechos referidos, sino como providencias, con que algunas veces, para infundir horror en el ánimo de las gentes, ha parecido conveniente no solo acabar á la vista de todo el pueblo con las causas de la transgresion, sino tambien con los instrumentos, de que se ha echado mano para una horrible maldad: esto principalmente tenia lugar con el pueblo grosero de los israelitas.

*Por falta de libertad no se considera delito en los locos y furiosos.*

9 No basta la voluntad para incurrir en la culpa si no es enteramente libre en obrar la accion: porque en caso de no hacerse ésta con libertad no tanto es la voluntad la que obra, como la cosa, que privando al alma de la facultad de elegir uno de los dos extremos de hacer, ó dexar de hacer la accion, la obliga á el de executarla. Segun esta doctrina un furioso y loco, agitados continuamente del mal, que padecen, sin tener lucidos intervalos, no pueden considerarse delinqüentes, ni cabe delito en ellos, ó en sus acciones: porque, aunque las executen con voluntad, esta no es libre, sino esclava, dominada y arrastrada á las acciones, que hacen los hombres por un furor y manía, que no pueden resistir, siendo dignos de compasion y no de castigo: harto castigo es el mismo furor y la locura, que padecen, como sabiamente dixéron los Emperadores Marco y Cómodo en el rescripto, de que habla la *ley* 14. *Dig.* de *Off. praes.*: *quum satis furore ipso puniantur.* Coinciden en lo mismo la *ley* 9. §. 2. *Dig. Ad leg. pomp. de parric.*, la 12. *Dig. Ad. leg. cornel. de sicar.* y infinitas otras: pues en esta parte todas estan conformes, como tambien en la de estrechar la obligacion, y en prevenir el castigo, que corresponda á los parientes ó encargados de las personas, que hubieren enloquecido, ó caido en furor, si no las hubieren tenido en la debida custo-

dia. Los que tienen la desgracia de caer en furor ó locura no deben entregarse á los jueces, para que los castiguen, sino á los médicos para que los curen. Asi lo practicó Adriano con un esclavo, que arremetió contra él en Tarragona, segun parece de Elio Esparciano en su vida. Concuerda bien con todo lo dicho lo que se lee en la *Curia Filípica Juic. crim.* §. 9. *num.* 5.: *el furioso ó loco no puede ser castigado del delito, que comete, miéntras le dura la locura ó furia: pues le falta la razon, aunque no dexa de tener culpa el que le tiene á cargo no le guardando de suerte, que no pueda hacer daño.*

10 Lo mismo, que se ha sentado de los locos y furiosos, debe decirse, como es evidente, de los mentecatos, que estan en una continua falta de discurso y razon.

*ni en los mentecatos.*

11 Tampoco debe considerarse libertad en los niños, en quienes no ha despuntado aun el uso de razon, que para el efecto de imputarse delito se comparan justamente con los furiosos en la *ley* 12. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.* De esto se hablará mas al tratar despues de la advertencia, adonde me remito.

*ni en los niños ántes del uso de la razon.*

12 Tampoco debe considerarse libertad en los que soñando y dormidos hacen alguna accion, los quales miéntras estan dormidos se comparan tambien con los furiosos y mentecatos en la *ley* 2. §. 3. *Dig. de Iure codicil.*

*ni en los que soñando ó estando dormidos hacen alguna accion.*

13 Á los pródigos no veo, como pueda eximírseles, porque aunque las leyes digan, que es furioso el uso, que hacen de sus bienes, *ley* 12. §. 2. *Dig. de Tutor. et curat. dat.*, comparándose siempre con los furiosos, como se puede ver en la *ley* 6. *Dig. de Verb. oblig.*, en el §. 3. *Inst. de Curat.*, en el §. 2. *Inst. Quibus non est permis. facere testam.* y en

*Los pródigos en quanto á delitos no deben considerarse como furiosos.*

otros muchos lugares, con todo por el tenor de dichas leyes debe ser dicha comparacion ceñida á la administracion de los bienes por lo que toca al derecho privado, sin extenderse á las acciones criminales en lo relativo al público: en quanto á estas acciones es bien manifiesto, que no falta á los referidos libertad, y que solo parece, que no la tienen en el uso de sus bienes.

*Lo mismo se dice de los que estan dominados por alguna pasion.*

14 Mucho ménos puede darse disculpa del delito, ó decirse, que no se comete por el principio, de que tratamos, quando se hace algun exceso por ira, dolor, amor y otras pasiones: estas no tanto quitan ó disminuyen en mi modo de conceptuar la libertad, como la advertencia, de que se tratará despues.

*Escasa libertad que puede considerarse en los mudos y sordos de nacimiento.*

15 Mayor razon de duda puede haber en los mudos y sordos de nacimiento, no tanto porque no tienen libertad ó conocimiento de la moralidad de las acciones, como porque nunca puede constar al juez del delito, á causa de que no podemos tener moral certitud de él, debiendo juzgar, que las ideas de lo bueno y de lo malo, de lo lícito ó prohibido, han de estar muy confusas y embrolladas en dichas personas, por no habérseles podido enseñar ni de viva voz ni por escrito. Matheu *de Crimin. Prolegom. cap.* 2. *num.* 12. dice, que por esto se les puede condonar la pena mas grave, indicando, que se les ha de aplicar extraordinaria: ni aun esto quiere Heineccio en la *Disertacion* 18. *de Religione iudicant. circa reor. confes.* en el §. 41. diciendo, que solo se puede aplicar pena á los hombres, que tuvieren conocimiento de las leyes, y de que pecan contra ellas. No obstante esto, quando se trata de delitos contra los primeros principios del derecho natural, como homicidios, heridas y

otros semejantes, parece que no puede caber tan favorable interpretacion: allí mismo ya dice Heineccio, que se han de mortificar en dichos casos, para que entiendan, que han obrado mal, y se abstengan en lo venidero de cometer semejantes delitos.

16 En órden á los mudos y sordos, que no lo son de nacimiento, sino de tiempo posterior, ó despues de haber podido saber la obligacion de las leyes, parece que no tiene lugar la duda propuesta, ó la favorable interpretacion. En unos y otros puede haber libertad, y hacerse uso de ella en el trato y comercio civil, como se vé en la *ley* 48. *Dig. de Oblig. et act.*: en lo respectivo á delitos parece que es lo mismo: en la *ley* 3. §. 10. *Dig. Ad senat. consult. silanian.* solo se exîme de la pena del senado consulto silaniano el esclavo mudo en el caso, en que no socorrió á su amo, quando únicamente podia esto hacerse ó ayudársele con la voz gritando: pero no en los demas, en que de otro modo hubiese podido socorrerle.

*Mayor debe suponerse en los que lo son de tiempo posterior.*

17 En el derecho civil dice Gomez en el *tomo* 3. de sus *Var. resoluc. cap.* 1. *num.* 69. hay muchas leyes, que al mudo y sordo le comparan con los niños y furiosos, y otras que le suponen inteligencia, y aptitud para los actos de la vida civil. Por esto dice él, que, si se trasluce en el mudo y sordo conocimiento y advertencia, se le ha de tener por capaz de contratar y delinquir, entendiendo en este sentido los textos últimamente indicados; y que, si no se le trasluce inteligencia, se le ha de presumir incapaz de uno y de otro. No distingue dicho autor los mudos y sordos de nacimiento de los otros: y esto es lo que ha de tenerse presente, y que el conocimiento ó libertad debe supo-

*Cómo debe juzgarse de unos y otros.*

nerse muy confusa en el mudo y sordo de nacimiento, y en el otro á proporcion del tiempo y conocimiento, que hubiere tenido ántes de cometer el delito, y de las demas circunstancias, que pueden influir y variar los casos, pudiendo y debiendo servir mucho en todos la prudente distincion del referido autor.

*Cómo debe opinarse en quanto á delitos cometidos por un loco en lucido intervalo.*

18 Como toda la razon de no reconocer delitos en los sugetos y casos expresados estriba en la falta ó privacion de la libertad, debemos tambien inferir, que si los furiosos y locos tienen lucidos intervalos, y en ellos cometen excesos, han de considerarse estos como delitos, que pueden y suelen, quando son atroces, castigarse por las leyes, *ley* 14. *Dig. de Offic. praes.*: lo que parece justo es, que en caso de duda se suponga hecha la accion fuera del tiempo favorable de lucido intervalo por la regla de inclinarnos siempre al partido mas pio y benigno: tambien parece equitativo, aplicar solamente á los que cometen algun delito en intervalo lucido pena extraordinaria: pues, aunque se hable de lucido intervalo, nunca parece, que pueda creerse del todo cabal en él el juicio: la *ley* 14. *Dig. de Offic. praes.* parece, que en realidad indica, que se ha de aplicar regularmente dicha pena, por lo que se previene de haberse de consultar al emperador, por si atendida la atrocidad del delito se ha de condenar al suplicio al delinqüente en lucido intervalo: creeré que por lo regular en todos los tribunales se sigue esta opinion.

*De los delitos cometidos en embriaguez con costumbre de emborra-*

19 En quanto á los que se han embriagado, dice Matheu *de Crimin. Prolegom. cap.* 2. al fin, con el qual veo que concuerda el Sr. Lardizabal en su *Discurso sobre penas cap.* 4. §. 2. *num.* 14. *y* 15., que no le disgusta la distincion, que vulgarmente

hacen los intérpretes entre los que por importunos ruegos, para que beban; por casualidad ó falta de conocimiento de sus fuerzas, ó de las del vino, se toman de él, y los que tienen ya costumbre ó vicio de ello. A los primeros sienta, que debe aplicarse pena extraordinaria, y á los otros la ordinaria, citando en confirmacion de lo mismo el parecer de Pitaco, esto es de que á los que tienen costumbre se les han de aplicar dos penas, una por haberse emborrachado, y otra por haber cometido el exceso en la embriaguez. El voto de Pitaco parece mas plausible, que sólido, y mas bueno para donayre, que para regla, con que deban juzgarse en los tribunales las acciones. Tanto un extremo como otro de la distincion referida me parece duro: y por mas que se suponga comun y corriente dicha distincion no sé persuadirme, que lo sea, y que en el punto de sentenciar se gobierne por ella ningun juez, á excepcion del caso, que pondremos, de prevenirlo alguna ley expresa, como en los militares por nuestro derecho. *charse ó sin ella.*

20 ¿Qué causa puede imaginarse en el que por casualidad, por sobrada fuerza del vino, ó por la falta de la regular en resistir, se ha privado del uso de su juicio? ¿y no cabiendo imaginacion de culpa, cómo puede caber realidad de pena, por mas que se trate de extraordinaria? En quanto á esta parte parece, que el Señor Lardizabal viene al fin á opinar del mismo modo en aquellas palabras: *al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir, y tal vez remitir la pena segun las circunstancias.* *El que por casualidad se emborracha no puede considerarse reo del delito.*

21 En el que ya tiene experiencia de su flaqueza, ó un mal hábito de beber con exceso has- *el que por costumbre so-*

*lo parece debe castigarse con pena extraordinaria.*

ta privarse, bien veo que el exponerse al peligro es culpa y delito digno de castigo mayor ó menor á proporcion de la mayor ó menor prevision, que se podia tener del exceso, y de las mayores ó menores resultas en la alteracion del buen órden de la república, de lo que hablarémos despues: pero en el punto de cometer el exceso, quando ya está borracho el que le comete, no hallo libertad, ni delito sin ella. El querer que un hombre por beber con la prevision general y vaga, de que puede tomarse, ó se tomará del vino, y que puede despues matar á otro, es digno de pena de muerte si despues comete el homicidio sin libertad, es ciertamente mucho rigor, en que no parece que se guarde la debida proporcion con el delito: éste en dicho caso, aunque se diga voluntario y libre en la causa, no lo es en el efecto ó en la accion, que es la que se ha de atender principalmente, sin ir á buscar las causas remotas ó los hechos, con que pasándose de una cosa á otra se llegó al extremo.

22 El principio, de que al que hace una cosa ilícita deben imputarse las resultas, del qual hablaré al tratar de las penas en general, solo tiene lugar, quando pudieren y debieren preveerse en particular las consecuencias. Así lo sienta y defiende Calderó en la *decis.* 64. *num.* 1. *hasta el* 29. Argumento muy fuerte es para aplicar la extraordinaria en dicho caso el que no se da otra en algunas partes al que pensando matar á Pedro matare á Juan, de lo que se hablará en el *cap.* 4. *sec.* 4. *art.* 3.

*Esto parece que opinaban los romanos.*

23 El aplicar la pena extraordinaria al que habiéndose embriagado cometió algun delito, parece conforme con el modo de pensar de los juris-

consultos romanos por el §. 7. *de la ley* 6. *Dig. de Re milit.* en donde se lee : *per vinum et lasciviam lapsis capitalis poena remitenda est, et militiae mutatio irroganda.*

24 En la *Curia Filípica Juic. crim.* §. 9. *num.* 6. se lee lo siguiente : *el que estando borracho comete algun delito no ha de ser castigado con la pena ordinaria de él, sino con otra menor arbitraria : y lo mismo se ha de decir del que por sueños, estando dormido, se levanta y comete algun delito, si sabiendo esta costumbre no se hiciese encerrar en alguna cámara, donde no pudiese hacer daño : mas ignorándola, en ninguna pena incurre, como consta de una ley de Partida*: esta es la 5. *tit.* 8. *part.* 7. Aquí bien se habla de los que tienen costumbre de levantarse de noche : y parece, que en el mismo sentido ha de hablarse en lo que se dice de emborracharse. De la *decis.* 43. *num.* 43. al fin de Calderó parece, que tambien en Cataluña suele á dichos delinqüentes en borrachera aplicarse la pena extraordinaria.

*y que corresponde por derecho de Castilla y Cataluña.*

25 En quanto á militares hay una severa providencia en el *art.* 121. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.*, en la qual se lee lo siguiente : *Para ningun delito de los explicados en este título podrá servir de escusa la embriaguez, cuyo vicio deberá ser cuidado de los gefes militares el corregirle y castigarle con penas arbitrarias, haciendo entender á la tropa de su cargo, que el alegato de estar privado no le relevará del castigo, que merece por el delito, que cometa.* La autoridad citada de la *Curia Filípica*, y la de Calderó, y aun esta misma ley, que por ser de derecho propio y peculiar de la tropa por disciplina militar, supone que no corresponde por derecho general, prueban que si el aplicar la pena ordinaria al delinqüente en embriaguez, que tiene costum-

*A los militares se aplica en dicho caso la pena ordinaria.*

bre de emborracharse, es opinion comun en algunas partes, no lo es en Castilla y Cataluña.

*Necesidad de advertencia para el delito bastando la interpretativa.*

26 A mas de la voluntad y libertad en la accion debe concurrir la advertencia, de que es contra la ley, para que se gradue de culpable la transgresion: pues, por mas que se haga algun acto con voluntad y libertad, no hay culpa ni delito, si el que le hace no está advertido, de que no le puede hacer, ó si no tiene conocimiento de que obra mal. De aquí viene el principio *malicia no advertida no contraída.* Esto parece claro y evidente en términos, que no necesita de que se apoye con razones, para que nos convenzamos de la verdad de este principio. La dificultad solo puede estar en la explicacion del grado ó de la naturaleza de la advertencia, y del conocimiento, que se requiere, para que sea culpable la accion. No siempre se necesita para esto de expresa y actual advertencia de la malicia: basta la que llaman interpretativa, que es la que ha de suponer el derecho por presuncion. Esta advertencia interpretativa tiene lugar, quando hay negligencia reprehensible en no saber lo que se debe, ó quando concurre un malicioso hábito de delinquir. En estas ocasiones no hay que pretextar falta de advertencia: el conocimiento del hábito de delinquir comprehende los actos particulares de él: la voluntad ó advertencia, con que el hombre vive reprehensiblemente descuidado de las cosas, que debe saber, se extiende á las cosas no sabidas en particular, ó con reflexîon sobre ellas.

*Dificultad en quanto á la advertencia por lo relati-*

27 En cosas prohibidas por derecho natural es fácil concebir, cómo puede ó debe en qualquiera de las indicadas transgresiones haber advertencia, que haga culpable al delinqüente, aunque tal vez

él ignore la ley positiva, que la prohiba ó la pena, que imponga: mas dificil es hallarla en cosas prohibidas únicamente por derecho positivo, como en bandos de policía y en los de economía, en que se veda la extraccion ó introduccion de algunos géneros y frutos ó cosas semejantes, en que puede muy bien suceder, que el que extrae ó introduce ignore la ley, que lo veda, y por consiguiente no tenga en el introducir ó extraer advertencia, de que falta, sin dexar por esto de aplicársele la pena, *ley* 16. §. 5. *Dig. de Public. et vectig.* Pero, como en todos los que viven y entran en un reyno, y en los que salen de él, debe suponerse la obligacion de saber las leyes de aquel pais, ó de instruirse y de conformarse con ellas, la voluntaria ignorancia, y la advertencia, con que no se instruyen á pesar de saber, que han de hacerlo, como se previene en la *ley penult. Cod. de Iur. et fact. ignor.*, comprehende todas las conseqüencias de ella: y, aunque el transgresor no advierta, que traspasa las líneas, quando extrae ó introduce alguna cosa, ó falta en otra semejante, no puede dexar de tener advertencia en general, de que debe saber las leyes: la culpada advertencia en no instruirse de ellas en general le hace reo en el caso particular, en que no cumple lo que manda el derecho: cuya ignorancia no aprovecha, segun se dice corrientemente en las leyes romanas, *ley* 9. *Dig. de Iur. et fact. ign.* Si no se discurriese de este modo no habria forma para poner el debido arreglo en las cosas; y se perjudicaría gravísimamente al estado, como es notorio.

*vo á las leyes positivas.*

28 Con todo debe influir ó servir la dificultad indicada, para que en toda nacion esté bien simplificado y explicado por menor todo lo que se

*Consideracion que debe tenerse de la*

*misma en quanto á imputar el delito.*

prohibe en semejantes leyes, procurándose que todas las gentes estén bien instruidas, ó tengan repetidas noticias y avisos de las prohibiciones del derecho meramente positivo, á que por otra parte ya deben corresponder penas mas ligeras, que las que se imponen contra las transgresiones del derecho natural. En la *Curia Filípica lib.* 3. *del Comer. nav. cap.* 10. *num.* 14. *y* 27. puede verse la misma doctrina, que acabo de sentar; y que alguna vez por la ignorancia en la materia, de que tratamos, se puede minorar la pena.

*La advertencia debe ser en términos de considerar dolo en el delinqüente.*

29 La advertencia en la transgresion debe ser en términos, que se considere constituido el que la hace en dolo: pues á éste veo que le reconocen necesario los autores, y entre éstos Matheu *de Crim. Prolegom. cap.* 1. *n.* 2. citando *el* §. 7. *Inst. de Oblig. quae ex delic. nasc.*, la *ley* 3. §. 1. *Dig. de Iniur.*, la 1. §. *últ. Dig. de Abigeis*, *el* §. 1. *Inst. de Vi bonor. rapt.*, la *ley* 23. §. 2. *de Aedil. edic.*, la *ley penúlt. Dig. Ad leg. iul. de adult.*, la 14. *Cod. Ad leg. fab. de plagiar.*, la 20. *Cod. Ad leg. corn. de falsis*, y la 31. *Dig. Eod* Estas autoridades prueban en realidad la proposicion, explicándola de modo, que ni la culpa, que llaman *lata* los jurisconsultos, esto es la omision de lo que hubiera prevenido qualquier hombre por poco solícito que fuese, puede bastar, para que se gradue una accion de delito: cita dicho autor para esto la *ley* 7. *Dig. Ad leg. corn. de sic.*, que es terminante para probarlo por derecho romano: segun éste juzga tambien el mismo autor, que en caso de culpa semejante no debe quedar del todo impune la transgresion, ó sin concepto de delito y de culpable, alegando la *ley* 9. *y* 11. *Dig. de Inc. ruin. naufr.*, la 3. §. 1. *Dig. de Offic. praef. vigil.*, la 2. *al fin. Dig. de Term. mot.*,

la 15. *Ad leg. corn. de sicar.*, la 16. §. 8., la 38. §. 5. *Dig. de Poen.* Concluye, que no debe imponerse en dicho caso la pena ordinaria, que en otra forma correspondiera al delito, sino únicamente la extraordinaria, citando la *ley* 9. *Dig. de Inc. ruin. naufr.*, la 3. §. 2., la 4. §. 1. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, la 12. *Dig. de Custod. et exhib. reor.*, y la 108. *Dig. de Reg. iur.* Esta sentencia parece muy justa y comunmente recibida, aunque con la debida limitacion de las transgresiones políticas y económicas, que ántes indiqué. Amigánt en la *decis.* 4. *num.* 10. *y* 11. dice, que en cosas de mal exemplo parece, que aun sin dolo puede ser castigado el que falta: cita la *ley* 3. §. 7., y la 38. §. 5. *Dig. de Poen.* El mismo en la *decis.* 36. trata de que para incurrir en la pena en los delitos basta cometerse dolo *in genere* y no en especie, como suelen decir todos. En las leyes citadas puede verse en realidad autorizada la doctrina, para que se citan.

*Quanto mayor es la advertencia tanto mayor es el delito.*

30 Quede pues sentado, que para ser culpable la transgresion debe haber advertencia, y que quanto mas advertida fuere la transgresion, tanto será mas culpable y mayor ó menor el delito segun el grado de mayor ó menor conocimiento de él en cometerle. Por esto se hace preciso inquirir y exâminar las cosas, que quitan del todo ó disminuyen la advertencia, para entender el mayor ó menor concepto de delito, que pueden merecerse las acciones.

*Por la casualidad falta algunas veces la advertencia.*

31 La casualidad puede hacer muchas veces, que en una accion, con que se daña á otro y se altera el buen órden de la república, aunque no dexe de haber voluntad y libertad en lo que se hace, falte la advertencia del mal efecto, y perturbativo de la quietud pública, que solo se causa

improvisamente por un acontecimiento impensado, como si al enseñar alguna persona una máquina se le va y despide alguna saeta ó instrumento, que hiere inopinadamente á otro. La *ley* 11. §. 2. *Dig. de Poen.* propone un exemplo, con que puede verse fácilmente lo dicho, conviene á saber, quando la arma, que dispara el cazador contra una fiera, mata por casualidad á un hombre: en este caso es evidente, que la accion, con que el cazador echa el instrumento, que causa la muerte, se hace con voluntad y libertad, pero sin advertencia de que se mate al hombre, y por consiguiente sin culpa: no perece el infeliz en este lance por la voluntad del cazador, ni por el hecho del disparo, sino por la casualidad, con que, ó dando algun paso mas, ó levantándose del suelo, ó sacando la cabeza en algun lugar, de un instante á otro se hace improvisamente el objeto de la bala ó arma arrojadiza.

*No se imputa en dicho caso el delito.*

32 En el *cap.* 19. *del Deuteronomio vers.* 4. *y* 5. se lee lo siguiente: *el que hiriere á su próximo, de modo que no se compruebe, que tuviese ódio contra él de ayer, ó de ántes de ayer, sino que fué con él sencillamente á cortar leña en el monte, y en la misma corta se le fué el hacha de la mano, ó el hierro, que saltó del hastil, hiriere y matare á su amigo; éste se refugiará á una de las sobredichas ciudades y vivirá.* San Agustin en la *epístola* 47. en las de la edicion de Venecia de 1759. dice: *no permita Dios, que se nos imputen á culpa aquellas cosas, que hacémos por fin bueno y lícito, si por ventura acaece algo malo sin quererlo nosotros.*

33 En la *ley* 23. *Dig. de Reg. iur.* se dice, que de los casos fortuitos nadie debe hacerse responsable: y, aunque parece, que allí solo se trata

de los contratos por lo que pertenece al derecho privado, no se puede concebir diferencia en quanto al público: y por lo que respecta á éste en la *ley* 5. *Cod. Ad leg. corn. de sicar.* dicen los Emperadores Diocleciano y Maxîmiano, que no tenia que quedar con ningun temor el reo de un caso, que se consultó sobre un homicidio casual, en suposicion de serlo, como se proponia, y de no poderse dudar que fué por casualidad. En semejantes homicidios tampoco tenia lugar la disposicion de la ley aquilia, *ley* 7. §. 4., *ley* 52. §. 4. *Dig. Ad leg. aquil.*

*Títulos del derecho civil y canónico, que dan luz en esta materia.*

34 El conocimiento de la materia perteneciente á dicha ley puede dar mucha luz para entender en diferentes casos, si puede mezclarse alguna parte de culpa: pues en este caso es bien claro, que por poca que fuere no debe dexarse sin castigo la que hay, para que anden mas despiertos los hombres en cosas, en que tanto les va á cada uno de ellos y á la república. Tambien puede dar alguna luz el título de *Homicidio voluntario vel casuali* de las Decretales de Gregorio VIIII., en el qual se sienta el principio, de que por homicidio casual, no concurriendo culpa, no se incurre en la irregularidad.

*En dicho caso se imputa el delito al que se ocupaba en cosa ilícita.*

35 Comunmente en las casualidades indicadas suele distinguirse, si el que causó el daño hacia alguna cosa prohibida ya é ilícita por otra parte, ó honesta é indiferente, imputándose en el primer caso las conseqüencias y resultas, como que ya fuéron voluntarias en la causa, de que se origináron, y atribuyéndolas á pura contingencia en el segundo.

*Limitacion de esta doc-*

36 Autorizan esta opinion entre otros textos, la *ley* 4. §. 1. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, la *ley* 1.

*trina al caso, en que pudo preverse la resulta y para pena extraordinaria.*

*Cod.* del mismo *título*, los *cap.* 7. *y* 8. *de Homicidio* con el *último y* §. *último* del mismo *título* en el *Sexto de las Decretales.* Pero aun esto necesita de subdivision; y deben tenerse presentes dos cosas: la primera, que solo tendrá lugar, el imputarse el delito, quando podia preverse, que de la cosa prohibida ó ilícita podia fácilmente seguirse, ó se seguiria el delito, ó quando lo que se ha hecho es por su naturaleza ordenado ya al efecto, que se hubiere seguido. Así explica dicho principio en quanto á irregularidades Covarrubias en la *Relecion* á la *Clementina Si furiosus de Homicidio part.* 2. §. 4. *num.* 10.: mucho mas ó igualmente debe valer él en quanto á penas: la segunda cosa, que se ha de tener presente, es que solo sirva para aplicar pena extraordinaria, como ya parece inferirse de la *ley* 4. §. 1. *Dig. Ad leg. corn.*: pues en realidad el delito no es entónces del todo voluntario, aunque digna de castigo la accion, por prohibida, y por deberse prever, que podia causar daño ó desgracia.

*Reflexion sobre si en dicho caso falta la advertencia ó la libertad.*

37 Algunos acaso dirán, que en estos casos no solo falta la advertencia sino tambien la voluntad y libertad: y no tiene duda, que el homicidio casual, que he puesto por exemplo, no puede decirse voluntario ni libre: de manera, que, si se contempla la accion como homicidio, se puede decir ciertamente, que no se hizo con voluntad y libertad de quererle hacer: pero la accion ó el hecho, es voluntario y libre, aunque con falta de advertencia del suceso ó desastre, que causa. Esto importa poco: y la discrepancia podria ser únicamente en las palabras y términos de explicar lo que se trata.

*Por error*

38 Del mismo modo que de la casualidad pue-

de discurrirse del error, como si pensando yo dar una puñada á mi esclavo hiriere á otro: en este caso dice el jurisconsulto en la *ley* 4. *Dig. de Iniur.*, que no quedo obligado por razon de injuria: por consiguiente no se entiende haberla hecho yo: los que yerran no parece que consientan segun la regla de la *ley* 116. §. 2. *Dig. de Reg. iur.*: ni hay cosa mas opuesta al consentimiento, que el error, como dicen corrientemente los jurisconsultos. Faltando en dicho caso el consentimiento falta tambien la advertencia, y por consiguiente la culpa: el daño, que se hace por error, es por casualidad, debiendo aplicarse á él todo lo que se ha dicho del caso fortuito.

*falta tambien la advertencia.*

39 Esto debe entenderse, quando lo que iba á hacerse era permitido como en el expresado caso por la potestad dominica sobre el esclavo: mas, quando el designio ya fué malo y reprobado por leyes, y el error recae únicamente en el objeto ó sugeto, contra quien se dirigia la accion, no tiene lugar el decirse, que la accion fué casual ó errada, como si queriendo uno matar á Pedro mató á Juan. Es este un caso bien complicado y dificil, en que no puede dudarse, que hay delito, que es lo que se busca en este capítulo: la grave dificultad, que ocurre en quanto á este caso, es sobre la pena que le corresponde: y por esto se tratará de ella en el *art.* 3. *sec.* 4. *cap.* 4.

*Pero se imputa el delito quando lo que iba á hacerse no era permitido.*

40 Aunque de los primeros principios del derecho natural no puede haber ignorancia invencible por el conocimiento, que ha gravado Dios en el corazon de los hombres, con el qual cada uno por sí mismo sin que nadie se lo deba enseñar, sabe que no puede hurtar, ni dañar á sus semejantes; con todo puede haberla de algunas conseqüen-

*De qué cosas relativas al derecho natural puede haber ignorancia invencible.*

cias, que se derivan de aquellos primeros principios, las quales no se presentan á primera vista, sino despues á fuerza de algunos raciocinios y reflexîones sobre ellos: y quando alguno ignora invenciblemente, que la cosa, que hace, es prohibida, ya sea la prohibicion del derecho natural en los casos expresados, ó del derecho positivo, no habiendo sabido, ni podido tener el que la hace conocimiento de ella sin embargo de no haberse omitido por él diligencia que le correspondiese, no tenemos culpable transgresion. Puede servir para esto de exemplo la casta Lucrecia: el puñal, que tenia en la mano Tarquinio, quando se le presentó á deshora de la noche, poco temor hubiera causado á aquella heroina, que luego despues, sin embargo de reconocerse libre de pecado, no quiso serlo de pena, clavándose ella misma el puñal en su corazon, á fin de que ninguna muger se valiese de lo que habia sucedido con ella, para ser en adelante deshonesta. Ni hay que detenernos en congeturas, porque el mismo Livio *lib.* 1. *c.* 58. dice expresamente, que como no la amedrentase el temor de la muerte, no pudiendo vencerla Tarquinio por este camino, tomó el de amenazarla con la infamia de matar á ella y á un esclavo poniéndole desnudo en la cama, para que pareciese, que se la habia muerto en el delito feo del adulterio.

*Consideracion que debe tenerse de lo dicho en quanto á los delitos.*

41 Es cierto, que ni por esto debia haberse rendido Lucrecia, y que prefiriendo la muerte debia haberse sacrificado á perder la castidad en la opinion del mundo para conservarla en la realidad á la vista de Dios: pero esto es una filosofía ó teología muy remontada, á que, por lo ménos para los efectos del derecho público, debe suponerse

que no alcanza la comun inteligencia de los hombres, que no son filósofos y teólogos de profesion, y mucho menos la de una muger en un lance el mas crítico y apurado, que pueda darse para un corazon amante del pundonor y de la gloria. Qualquiera justo juez, que hubiese tenido que juzgar del hecho, parece que debia suponer en Lucrecia, sino se hubiese ella anticipado la muerte, falta de advertencia del adulterio por la ignorancia invencible, con que es natural, que pensase aquella noble muger, que no estaba obligada á perder la vida y la honra en opinion de los hombres.

42 Seria inepto é injusto qualquiera juez, que á título de suicidio quisiese condenar la memoria de alguna muger, ó castigar á ella misma, si por alguna casualidad escapase de la muerte habiéndosela procurado con la idea de que podia ó debia dársela para defender la castidad perseguida, á pesar de que ni en este apretado caso sea lícito el suicidio.

*De las leyes positivas no se puede pretextar ignorancia*

43 Por lo que toca á los actos meramente prohibidos por derecho civil ó nacional ya dixe, que el no tener noticia de las leyes prohibitivas no puede cohonestar las acciones para el que debia saberlas.

*Por los movimientos primo primos falta la advertencia.*

44 No solo falta la advertencia en las acciones por los motivos referidos, sino tambien por los movimientos de las pasiones, que los escolásticos llaman *primo primos*: los quales antevienen y preceden al uso de la razon, impeliendo ó haciendo obrar al hombre sin reflexîonar, ni advertir lo que obra hasta haberlo hecho. Son pocos los casos, señaladamente para los efectos del derecho público, en que los movimientos de una pasion puedan graduarse de primo primos, ó de primeros movimientos, bien que no dexa de haber ocurrencias,

en que es preciso reconocerlos, á lo ménos para minorar mucho la pena, que en otra forma correspondiera: pues, aunque pueda en realidad suceder, que se obre en dichos casos sin advertencia, es dificil la prueba de ello; y tendria perniciosas conseqüencias el extender la interpretacion favorable de semejantes casos, ó de no reconocerse en ellos ningun conocimiento de malicia en lo que se hace. Con todo no dexa aun de haber algunos, en que ninguna ó muy poca ha de suponerse, y solo para el efecto de un ligero castigo.

*De dichos movimientos en quanto al padre y marido en caso de adulterio.*

45 En este número parece que puede contarse el lance de coger en fragante el padre á su hija, ó el marido á su muger en adulterio, en el qual las leyes romanas, segun consta de la 20. 21. *y* 22. §. 2. *y* 4., de la 23. en el *princ. y* §. 1., de la 24. *princ. y* §. 1. *Dig. Ad leg. iul. de adult.* y de la *novela* 117. *cap.* 15., autorizaban al padre, para que pudiese matar al adultero con su hija, que estuviese debaxo su potestad, y al marido, para que pudiese acabar con el que iba á manchar su lecho. En la *ley* 13. *y* 14. *tit.* 17. *part.* 7. y en la *ley* 5. *tit.* 20. *lib.* 8. *Rec.* se autorizaba tambien el mismo derecho. Aunque segun la jurisprudencia de nuestros tiempos por la proposicion condenada en el *num.* 19. por Alexandro VII. no puede entenderse permitido esto por via de facultad, concedida al padre y al marido, debiéndose acudir á los magistrados para la satisfaccion, que no pueden tomarse los particulares, y para oir al reo, con todo parece, que puede tolerarse, ó que se tolera por impunidad, no castigando las leyes, ó disminuyendo mucho la pena, que debiera sufrirse, como ya se hacia por derecho romano con el marido, que hubiese en dicho caso muerto á su propia

muger, *ley* 38. §. 8. *Dig. Ad leg. iul. de adult.*, *ley* 4. *Cod.* del mismo *título*: es digno de perdonarse un movimiento de naturaleza, tanto mas poderoso y primero, quanto es mayor la honradez y pundonor del padre y del marido.

*Los otros movimientos ni en miedo ni en otra pasion quitan la advertencia.*

46 Pasados ya los movimientos *primo primos* no quita ninguna pasion la libertad ó advertencia, que se necesita para obrar advertidamente, y de modo que pueda del todo imputarse la accion, como absolutamente advertida. En ninguna pasion parece, que puede haber mas motivo de dudar, que en la del miedo, originado ó excitado por agente extrínseco, que, amenazando de muerte, ó con otro mal grave, casi precisa á la accion. Heineccio en los comentarios al *tit.* 2. *lib.* 4. *Dig. Quod metus caussa* §. 467. atribuye á estoicismo de los jurisconsultos romanos, que casi todos bebiéron su filosofia en las fuentes de los estoicos, el principio autorizado en la *ley* 21. §. 5. de dicho *título*, y que ciertamente está recibido en las escuelas, que la voluntad forzada no dexa de ser voluntad.

*La voluntad forzada no dexa de ser voluntad.*

47 En qualquiera sistema filosófico debe decirse lo mismo, porque, aunque segun el derecho natural y de gentes, si alguno precisado con miedo grave hubiese contraido obligacion, no deba cumplir lo prometido por falta de justo título en el que causó el miedo para adquirir, ó por otro modo de explicarnos, en lo que puede consistir la mayor dificultad de este asunto, nunca puede negarse, que el que por miedo se resolvió á hacer una cosa, que fuera de la circunstancia del temor no la hubiera hecho, quiso hacerla en aquel apuro: la voluntad, puesta entre los dos extremos, ó de padecer el mal, con que se le amenaza, ó de hacer lo que se quiere de ella, elige y quiere, hu-

yendo del mal mayor, hacer lo que se le pide, que es un mal menor.

*Exemplos con que se manifiesta lo dicho.*

48 Esto mas fácilmente puede hacerse perceptible con exemplos particulares, que con reglas generales. Un ladron amenaza con la muerte á un viajante si no le entrega luego el dinero: bien podria entónces el amenazado resistirse, ó esperar á ver, si habria animosidad de ponerse en execucion la amenaza, distrayendo del modo que pudiese al injusto agresor, ó por fin podria resolverse á morir, ántes que á rendirse á la injusta entrega: pero luego escoge el medio de dar su dinero; y voluntariamente abraza este partido, hallándose en la precision de tomarle, ó de morir ó de correr riesgo de muerte, aunque, si se hallase fuera de aquel conflicto no le abrazaria. Mas sensiblemente puede conocerse lo mismo en el caso del peligro de un naufragio. Vé el mercader, que ó ha de naufragar la embarcacion, ó se han de echar sus mercaderías al mar, para que aligerado el buque no corra tanto peligro de naufragio, sin que haya aquí medio término por donde romper. Es tan evidente, que en esta hipótesis quiere, y con total advertencia el dueño de las mercaderías, que se echen al mar, como lo es, que no lo quisiera si se hallase fuera del peligro. De otro modo, ó no raciocinándose así, habrian tenido los christianos antiguos una buena filosofia para excusar el martirio, en lo que ninguno soñó.

*Con todo la fuerza debilita la voluntad.*

49 Pero, aunque la pasion del miedo mayor y grave no quite la advertencia y libertad, es notorio, que la disminuye muchísimo, y que de consiguiente será tanto mas ó ménos culpable la transgresion, quanto mayor ó menor fuere la fuerza del miedo, con que se induxo á alguno á hacerla.

La explicacion del título del derecho civil *Quod metus causa*, aunque su objeto y fin se dirige al efecto de la restitucion de las obligaciones civiles y propias del derecho privado, puede dar mucha luz para esta materia, ó para graduar, qual deba ser el temor, que pueda servir de disculpa total ó parcial de alguna accion: en general solo debo decir, que así para los efectos de disminuir la malicia de algun hecho, como para los de la restitucion *in integrum*, el miedo ha de ser grave y capaz de mover á un hombre constante atendidas todas las ciscunstancias de persona, tiempos y lugar, *ley* 3. §. 1., *ley* 4. 7. 8. §. 1. *y* 2., *ley* 22. *y últim.* §. 1. *Dig. Quod metus causa*: en estas leyes se traen varios exemplos, que pueden servir, para regular en esta parte el juicio, y para entender, que la excusa fundada en vano temor no es digna de ser oida, *ley* 184. *Dig. de Reg. iur. y ley* 7. *Dig. Quod metus causa.*

*Las demás pasiones no debilitan tanto como el miedo la advertencia.*

50 Todo lo dicho en órden á que el temor puede compadecerse con la advertencia con mas razon tiene lugar en las pasiones de ira y amor, porque, aunque de las personas dominadas de dichas pasiones se acostumbra decir, que han caido en un furor y ceguera, con todo éstas son expresiones de poëtas y oradores para pintarnos los efectos de dichas pasiones, con que los hombres son voluntaria y advertidamente ciegos y furiosos: y sería bien ridículo, que en un tribunal se quisiese algun reo disculpar de un estupro ó adulterio alegando, que le habia cegado el amor: no obstante ésto no tiene duda, que segun la ocurrencia de casos en estas dos pasiones, en la del dolor, y generalmente en todas, á mas de lo que queda advertido de los movimientos súbitos y primo pri-

mos, segun fuere el ímpetu y vehemencia de la naturaleza en el comun de los hombres puede hacerse mérito de lo mismo, para disminuir la pena, siempre que parezca disminuida en particular la culpa, como se verá en el *cap.* 4. *sec.* 4. *art.* 3.

*Conclusion de todo lo dicho.*

51 Quede pues sentado, que las pasiones no quitan la advertencia, ni la libertad, sino es que sea en alguna rarísima ocasion de un primer movimiento, en que no son dueños de sí los hombres, y que algunas veces la disminuyen para el efecto de minorarse la pena. Tambien ha de quedar sentado por lo hasta aquí dicho, que quanto mayor ó menor fuere el ímpetu ó la fuerza de una pasion, que incita la voluntad, y quanto mayor ó menor el conocimiento y deliberacion, con que obra, tanto mas ó ménos culpable será la transgresion ó el delito.

*Falta de advertencia por la edad en los impuberes.*

52 Entre las cosas, que disminuyen la advertencia, debe contarse la falta de edad, señaladamente en aquellos, que no han llegado aun á la pubertad: en estos parece, que no cabe malicia, conocimiento y advertencia del mal: parece por consiguiente que no debe considerarse en ellos delito digno de castigo: esto parece evidente y lo confirman la *ley* 12. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, la 23. §. 2. *Dig. de Aedil. edict.*, la 22. *Dig. Ad leg. corn. de fals.*, y la *ley* 1. *Cod. de Falsa moneta.*

*Necesidad de fixar el término de la edad de los impuberes y menores.*

53 Con todo esta regla general no dexa de tener su excepcion, autorizada por las mismas leyes. Para diferentes efectos de la jurisprudencia, y especialmente para este punto de delitos, es conveniente distinguir las edades de infancia, pubertad ó adolescencia y mayor edad, estableciendo generalmente los términos correspondientes á cada una por lo que comunmente sucede en todos, á

fin de evitar los pleytos y autos, que de otro modo serían indispensables con gravísimo daño de la causa pública, si en cada particular hubiese de probarse, en qué punto de tiempo se halla un muchacho ó joven con voluntad advertida y en disposicion de poderse gobernar por sí.

54 Este gravísimo inconveniente, que se seguiría de no tener fixado el término, en que ha de empezar la pubertad, ó en que ha de suponerse el conocimiento suficiente para no necesitar de tutores ó curadores, ha obligado á que le fixasen las leyes, estableciendo por término ó principio el que ya comunmente por la naturaleza lo es en la mayor parte de los hombres, para tenerse el conocimiento, que requieren ó desean los legisladores. De aquí es, que, como comunmente hasta catorce años no tienen los hombres discernimiento para obrar, se les sujeta hasta dicho tiempo á los tutores, queriendo que todo quanto hicieren sin su aprobacion sea absolutamente nulo: y lo que despues de dicho tiempo hasta cumplir los veinte y cinco años hicieren con autoridad de curadores ó sin ellos en caso de no tenerlos ó no quererlos, queda sujeto á revocarse con el beneficio de la restitucion *in integrum* si consta que han padecido lesion, como queda dicho en el *lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 3. *num.* 26.: pues, aunque en el referido tiempo tengan los jóvenes advertencia y conocimiento regular para obrar y contraer obligaciones, con todo, hablando en general, y por lo que se experimenta en los mas, es aquel conocimiento flaco, debil, falto de experiencia y por lo mismo ocasionado á muchos tropiezos y lesiones. El derecho pues no supone advertencia, ni conocimiento ántes de catorce años en los hombres ni en las mugeres ántes de

los doce; y le tiene por muy debil y flaco en los menores de veinte y cinco años.

*Necesidad de varias distinciones en quanto á impuberes y menores por lo relativo á delitos.*

55 Pero, aunque por lo comun los muchachos hasta llegar á la edad de catorce y veinte y cinco años no tienen el conocimiento y la advertencia, que supone necesaria el derecho para los indicados efectos, no tiene duda, y reconocen las mismas leyes, que en muchos se anticipa la malicia, siendo por otra parte cierto, que esto depende de la distinta naturaleza del alma, ó de la organizacion del cuerpo, habiendo en lo uno y en lo otro infinita variedad. De aquí es, que en las materias, en que el derecho ha de nivelar las cosas por los grados diferentes de malicia, como sucede en los delitos, no ha de considerar exêntos de ella á los menores é impuberes: éstos en realidad se reconocen en esta materia capaces de dolo y de delito, *ley* 23. *Dig. de Furt.*, *ley* 3. §. 1. *Dig. de Sepulcro violato*, *ley* 13. §. 8. *Dig. Ad leg. iul. de adult.*, *ley* 9. *tit.* 1. *part.* 7., *ley* 17. *tit.* 14. *part.* 7.

*Distincion de tres edades en los impuberes.*

56 Por lo que toca á los impuberes distinguen las leyes y comunmente todos los autores tres edades, la de la infancia, que dura hasta siete años, *ley* 1. §. 2. *Dig. de Administr. tutor.*, *ley* 18. *Cod. de Iur. delib.*, la próxîma ó inmediata á la infancia, y la próxîma ó inmediata á la pubertad: el límite de division entre estas dos últimas edades no está claramente fixado por las leyes: algunos autores son de parecer, que se ha de dexar al arbitrio del juez, Gomez 3. *Resol.* 1. *num.* 57. y otros citados por Vinio en los comentarios al §. 9. *Inst. de Inutil. stipul.*, cuya sentencia parece la mas comun, dicen, que todo lo que va desde los siete años á la pubertad ha de dividirse en dos partes iguales; y que la inmediata á los siete años ha de entenderse la pró-

xîma á la infancia y la otra la próxîma á la pubertad. De este modo la edad próxîma á la infancia será en los hombres el tiempo, que va de siete años á diez y medio, y en las mugeres el que va de siete á nueve y medio; y de diez y medio á catorce en los hombres y de nueve y medio á doce en las mugeres la próxîma á la pubertad.

*Consideracion de dichas edades para la graduacion de malicia en los delitos.*

57 De los infantes ó niños y de los próxîmos á la infancia dice el Emperador Justiniano en el §. 9. citado, que no se diferencian mucho de los furiosos, y que no tienen conocimiento, ni inteligencia ninguna, infiriéndose claramente de lo que allí se dice, que le tienen los próxîmos á la pubertad. Esta doctrina, aunque es relativa á los casos de derecho privado, puede dar mucha luz para el público, de que tratamos, y para entender con ella algunas leyes: en la *ley* 23. *Dig. de Furt.*, en la 3. §. 1. *Dig. de Sepulcro violato* y en otras se supone claramente, que hay impuberes capaces de dolo y otros incapaces de él: los primeros parece que solo pueden ser los próxîmos á la pubertad excepto algun rarísimo caso de anticipacion de malicia en grave delito, que aun en la edad de infancia ó proxîmidad á ella pudiera ser castigado: pero la division puesta siempre fundaria resistencia y presuncion contraria: de manera, que se necesitaria mas para probar malicia en la edad de infancia y aproxîmacion á ella, que en edad inmediata á la pubertad.

*Repruebase la distincion entre delitos de comision y omision por lo relativo á menores.*

58 Algunos, como se puede ver en Matheu de *Crimin. Proleg. cap.* 2.*num.* 3., son de dictámen, de que en los delitos de pura omision no deben los impuberes ni menores ser castigados, fundándose en algunas leyes romanas, que allí mismo se citan y no lo prueban: porque, aunque se les

excusa en ellas de penas en algunas omisiones, de que hablan, es por no ser de las que merecen pena particular, como dice el mismo autor. La sola *ley* 14. *Dig. Ad senat. consult. sil.* prueba con evidencia, como dice allí Matheu, que por los romanos no solo se consideraban capaces de dolo y dignos de castigo los impuberes en delitos de comision sino tambien en los de omision: y la razon natural persuade lo mismo, porque solo debe atenderse á si hay delito ó no: que éste consista en hacer alguna cosa prohibida ó en dexarse de hacer alguna cosa mandada, importa poco; ó solamente puede hacerse mérito de ello, para establecer la menor pena, que por lo comun corresponde á las faltas de negligencia y descuido. Por las leyes de partida 9. *tit.* 1. *part.* 7, 17. *tit.* 14. *part.* 7. los menores de diez años y medio no pueden ser acusados de ningun delito, ni de los de lascivia los menores de catorce, *ley* 4. *tit.* 19. *part.* 6.

*Conclusion de lo dicho en quanto á la distincion de edades.*

59 De todo lo dicho debe concluirse, que por regla general en los que no han llegado á la edad de la pubertad no debe suponerse dolo ó advertencia de la malicia de las acciones, para poderse graduar las que se hicieren de delitos; y que de esta regla hay la excepcion de algunos, en quienes la naturaleza adelanta los conocimientos y el despejo de la razon: debe tambien concluirse, que se ha de suponer generalmente malicia en los que han llegado ya á la pubertad, aunque estén dentro de la menor edad: en quanto á éstos hay la regla general, de que en los delitos no se da restitucion, que les favorezca, *ley* 37. §. 1. *Dig. de Minor.*: pero se modifica esto del modo, que se verá despues al tratar de la pena, que corresponde, porque aquí solo se habla de las acciones de los

niños y menores en quanto pueden ser delitos, sin entrar á hablar de la determinada pena, que les corresponde.

60 Todo lo dicho está fundado en las leyes citadas, que no tanto son de derecho civil, como del natural, hallándose admitido en la comun práctica y sentir de los autores, como se puede ver en el citado Matheu de *Crimin. Prolegom. cap.* 2. y en Perez en el *tit.* 35. *del lib.* 2. del Código: en estos y en otros comentadores puede verse, como ó quando cabe algun género de restitucion en delitos de menores.

*La presuncion favorable por falta de edad puede destruirse con prueba en contrario.*

61 Lo que no ha de pasarse por alto es, que la presuncion de falta de conocimiento, ó de perfecta y cumplida advertencia, que se supone por regla general en un pupilo ó niño, quando se pretenda haber la malicia suplido en él la falta de edad debe y puede destruirse con pruebas de otros delitos y malas muestras de malicia en los hechos ó delitos anteriores de su vida, ó alguna vez por la atrocidad de uno solo, si es de los que no pueden cometerse sino por un ánimo sumamente perverso y malvado.

## SECCION IIII.

### *De las circunstancias extrínsecas, que agravan ó disminuyen el delito.*

*Necesidad de distinguir en los delitos las circunstancias extrínsecas.*

1 Todo lo dicho hasta aquí sirve para descubrir la culpa de la transgresion en su mismo fondo, y por lo intrínseco de la accion, mas ó ménos criminal segun fuere mayor ó menor la voluntad, la libertad, y advertencia en hacer lo que prohiben las leyes, ó en no hacer lo que mandan:

pero en lo extrínseco de las transgresiones, en las circunstancias respectivas, que algunas veces tiene la accion, no tanto considerada por sí misma, como por relaciones á ciertas cosas, sin las quales pudiera tambien verificarse el delito, puede conocerse la malicia y gravedad de él, para graduarle de mas ó de ménos culpable. El que provoca ó insulta á otro de palabra, ó dándole palos, ó una bofetada, comete una injuria, que siempre en sí misma es muy reprehensible: pero, si la injuria se hizo en besamanos, en el teatro ó en el foro ó en qualquiera concurrencia pública, por esta circunstancia del lugar, que es extrínseca á la accion, es mucho mas atroz el delito. Conviene pues explicar estas circunstancias, relaciones y respectos extrínsecos, por los quales puede ser y conocerse mas ó ménos culpable la transgresion.

*Pueden reducirse á seis dichas circunstancias.*

2 Me parece que pueden dichas circunstancias reducirse á seis, esto es á las personas, por quienes ó contra quienes se comete el delito; al lugar; al tiempo, en que se comete; á la calidad y cantidad de las cosas, sobre que recae; y al modo, con que se executa. Estas circunstancias algunas veces obran tanto, que hacen variar el delito, dándosele á él otro nombre del que tuviera prescindiendo de ellas, y considerándose en él una naturaleza ó especie distinta: por exemplo si se ha cometido hurto en lugar sagrado ya no se llama hurto sino sacrilegio, reconociéndose en este delito una gravedad mayor y una naturaleza distinta del hurto simple: otras veces no muda la especie la circunstancia extrínseca, aumentando solamente ó disminuyendo la graduacion de la malicia, que tiene la accion respecto de otros delitos de la misma especie, como la circunstancia de haber roba-

do el ladron en camino real no hace variar el nombre, ni la naturaleza de la accion, que es y se dice robo, como otros muchos sin dicha circunstancia: pero aumenta la gravedad del delito la falta de respeto, con que, robando el ladron no solo despoja al pasagero de lo que es suyo, sino que tambien turba la seguridad de los caminos públicos, quebrantando las leyes, que por muchos fines de policía y economía quieren, que nadie se atreva en aquellos lugares á quitar nada, y que esten defendidos con toda la proteccion real. Esto, ó quando la circunstancia varía la especie del delito ó solamente le agrava, no podrá entenderse bien hasta haberse puesto las definiciones y divisiones de cada uno de los delitos.

*La circunstancia de la persona agrava el delito.*

3 La primera circunstancia de las expresadas, que debe considerarse, es la de la persona, no solo de la agraviada con el delito, sino tambien de la que le comete: pues por razon de una y otra puede agravarse ó disminuirse la malicia de la accion: y de todo traeré exemplos. Un ladron es digno de castigo: pero si es criado, doméstico ú dependiente de la casa, en que comete el hurto, esta circunstancia agrava la accion, con que no solo se falta á la justicia, sino tambien á la confianza y estrecha union, con que han de vivir entre sí los que estan en una misma casa ó posada, y á las leyes, que quieren mas estrechadas las obligaciones de conservarse las cosas, quanto estan mas expuestas á peligros. Un juez, como dice el Sr. Lardizabal en el *Disc. sobre penas cap.* 4. §. 2. *num.* 61., que abusando de su oficio y de la pública autoridad y potestad, que está depositada en él, comete alguna accion mala, debe ser castigado con mas severidad, que un particular, porque tiene mas motivos

pàra obrar, y mas facilidad para hacer mal: y esto agrava el delito. A esta circunstancia de la persona puede reducirse la reincidencia, si se averigua, que la que delinqüe ha cometido ántes otros delitos: pues en este caso se debe considerar mas grave el delito, de que se trate, por la depravacion de ánimo, con que se cometió, habituado ya el reo á la maldad: por consiguiente se castiga con mayor severidad, *ley* 28. §. 3. *y* 10. *Dig. de Poen.* En estos casos la circunstancia de doméstico, juez, reincidente en la persona del delinqüente agrava la culpa.

*algunas veces le disminuye.*

4 Si la muger casada quita ó se apropia dolosamente cosas del marido en realidad comete hurto, de manera, que el que le diere auxîlio, ó aconsejare para hacerle, se entiende reo de hurto, sin que se considere cometerle ella para los efectos legales de la accion, condescendiendo el derecho con la muger, no solo en no aplicarle la pena del hurto, sino aun excusando el nombre del delito, ó suavizándole con el de *rerum amotarum*, que llaman los jurisconsultos, como se puede ver en la *ley* 52. *en el princ.* §. 1. *y* 2. *Dig. de Furt.*: de esta suerte una misma accion respecto de una persona es hurto, y respecto de otra no lo es. En este caso la circunstancia de la persona delinqüente disminuye la gravedad de la culpa.

*En las injurias unas veces agrava y otras disminuye.*

5 En quanto á las injurias es cosa bien sabida, que son leves ó graves y atroces segun las circunstancias de mayor respeto, que se merecen las personas, á quienes se hacen; y que unas mismas palabras, dichas á una persona del estado general, serán una injuria leve, y dichas á un sacerdote, á un magistrado ó persona caracterizada serán grave, y atroz, *ley* 7. §. 8. *Dig. de Iniur.*, *ley* 4. *Cod. Eod.*

§. 9. *Inst. de Iniur.* Ni se opone á esto lo que suele decirse, y es cierto, que la justicia no admite acepcion de personas: verdad cierta, y que debe entenderse sin perjuicio de las preeminencias, prerogativas y distinciones, que da justamente la misma justicia á varias personas, como á padres, superiores, magistrados, y empleados, por las diferentes reflexiones y motivos, que se han ido explicando en el primer libro, y que en quanto al asunto, de que se trata aquí, se hacen bien presentes en la *ley* 8. *tit.* 31. *part.* 7.: *Otrosi*, se dice en ella, *deben catar los judgadores las personas de aquellos, contra quien fué fecho el yerro: ca mayor pena merece aquel, que erró contra su señor, ó contra su padre, ó contra su mayoral, ó contra su amigo, que si lo ficiese contra otro, que non hubiese ninguno de estos debdos.*

*Consideracion de dicha circunstancia en quanto á los cuerpos políticos.*

6 Los cuerpos, que son especie de personas, que pueden hacer diversificar el asunto, correspondiendo tener aquí consideracion de ellos, se castigan tambien por sus delitos, como es consiguiente á lo que se ha dicho en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 2., que en el concepto de la legislacion son personas, que pueden contraer obligaciones, y por consiguiente merecer tambien y delinquir. Heineccio en la *Disert.* 9. *de Colleg. et corpor. opific. sylloge* 1., en donde trata de propósito con mucha erudicion y crítica de todo lo perteneciente á dichos cuerpos, en el §. 19. dice, que para haber incurrido en delito un cuerpo debe haber habido en él pública ó comun determinacion y acuerdo para hacer la cosa prohibida, y que se les suele aplicar la pena de multa, quitarle los privilegios, y aun á veces, segun la enormidad del delito, acabar con ellos.

7 Queda hasta aquí expuesto todo lo que puede ser relativo á la qualidad de la persona en

quanto pueda conducir para el conocimiento del delito y gravedad de él.

*De la circunstancia del lugar.*

8 La circunstancia del lugar es tambien digna de atencion para descubrir el grado de la culpa: y al hablar en general de estas circunstancias ya puse el exemplo particular de las injurias por razon del lugar. Lo mismo puede decirse en toda especie de delitos. *Debe catar* (el juez segun dice la *ley* 8. *tit.* 31. *part.* 7.) *el tiempo, é el lugar, en que fueren fechos los yerros.* El lugar dice el jurisconsulto en la *ley* 16. §. 4. *Dig. de Poen.* hace, que la misma accion se considere ó hurto ó sacrilegio, y que se haya de castigar con pena de muerte ó con otra menor.

*De la del tiempo.*

9 El tiempo tambien agrava ó disminuye el delito, no solo en quanto á ser mas grave el que se comete en un tiempo, que en otro, sino tambien en quanto á ser mas grave el que se hace con mas larga duracion. Por esto dice el jurisconsulto en la *ley* 16. §. 5. *Dig. de Poen.*, que por el espacio de tiempo, en que el soldado hubiere faltado, se distingue si es emansor ó desertor: por razon del tiempo se castigan con mas severidad el ladron nocturno, que el diurno, y los que hurtan y quebrantan puertas y edificios de noche, que los que lo hacen de dia, *ley* 2. *Dig. de Efractor.*, *ley* 1. *y* 2. *Dig. de Fur. baln.*, *ley* 16. §. 5. *Dig. de Poen.* Quanto mayor daño y espanto pueden causar los delitos, y quanto mas dificil es precaverse de ellos, tanto mas se falta á las leyes, que en dicho caso quieren mayor seguridad. Nadie puede dexar de ver, que las mismas palabras ó escritos, que pueden ser indiferentes, despreciables ó dignas de ligero castigo en unos tiempos, en otros, como en las críticas circunstancias de una sedicion, pueden tener

malísimas conseqüencias, y que por consiguiente la circunstancia del tiempo influye mucho para graduar la criminalidad de las acciones.

*De la calidad de la cosa, en que recae el delito.*

10 Por la calidad de la cosa, sobre que recae el delito, se conoce su mayor ó menor gravedad: ya dixe, que por las circunstancias de las personas, contra quienes se comete el delito, se agrava muchas veces la malicia; pero en una misma persona la calidad ó circunstancia de la parte ofendida hace subir ó baxar de punto la gravedad del hecho reprehensible: una bofetada será gravísima y atroz injuria por la nobleza de la cara, en que recae; y no lo será tanto, ni con mucho el golpe dado con la mano en otra parte del cuerpo, *ley* 7. §. *ult.*, *ley* 8. *Dig. de Iniur.*: la herida ó golpe dado en el ojo por la misma razon, y por la delicadeza, sensibilidad y viveza del sentimiento de la vista, será tambien injuria mucho mas grave, que la que se hiciere contra otra parte del cuerpo, como ya consta de la citada *ley* 8. Quanto la cosa, en que recae el delito, es mas ó ménos protegida por las leyes, y defendida de los insultos de los hombres ó digna de serlo, tanto mas ó ménos grave será el delito: esto es manifiesto, y lo convence todo lo dicho de las circunstancias de las personas, del lugar y del tiempo.

*de la de la cantidad.*

11 La cantidad de la cosa, sobre que recae el delito, descubre tambien la malicia de la accion: pues no tiene duda, que á proporcion de lo poco ó mucho, que se hurte, es grande ó leve el hurto. La cantidad dice el jurisconsulto en la *ley* 16. §. 7. *Dig. de Poen.* distingue el hurto del abigeato, debiéndose castigar como ladron el que hurto un cerdo, y como abigeo el que hurtó toda la manada. En la *ley* 8. *Dig. de Iniur.* se dice, que el grandor

de la herida hace, que se repute por atroz la injuria: *vulneris magnitudo atrocitatem facit.* Del mismo modo debe discurrirse de los demas delitos; y es cierto, que en su graduacion es digno de considerarse mucho la referida circunstancia. Está conforme con lo dicho la *ley* 8. *tit.* 31. *part.* 7.

*de la del modo con que se comete.*

12 En el modo de cometerse el delito cabe tambien mas ó ménos malicia, si se usa ó no de violencia, si se hace con petulancia, insultando y á cara descubierta, ó si con el menor daño é injuria, que pueda causarse en suposicion de hacerse el exceso: por esta razon se distinguen el hurto, el latrocinio, el rapto y otros muchos delitos, ya pasando á especie diferente, ya agravándose notablemente dentro de la misma especie. Alguna vez por razon del modo y refinada malicia, con que se quiere encubrir la maldad, es esta digna de mas severo castigo, como por exemplo en un homicidio hecho con veneno, porque por la dificultad ó imposibilidad, que tienen de precaverse los hombres de los enemigos, que obran de este modo, es mucho mas fea y abominable la accion: prueba tambien el mérito, que debe hacerse de esta circunstancia, la *ley* 8. *tit.* 31. *part.* 7.

## SECCION V.

### *De la necesidad de alteracion en el buen órden de la república para verificarse delito.*

*Necesidad de la alteracion en el órden público para verificarse delito.*

1 Habiéndose explicado en qué consiste la transgresion, como se hace, y de qué modo debe concebirse que es culpable con los grados, que tiene de malicia, solo falta explicar las últimas palabras de la definicion, con que dixe, que la trans-

gresion debe alterar el buen órden de la república: este es requisito necesario para verificarse delito: pues muchas veces hay transgresion y hay culpa sin haber delito. El autor del *Discurso sobre penas* en el *cap.* 4. §. 1. *num.* 5. *hasta el* 9. advierte prudentemente la diferencia, que hay entre un delito y un pecado, y que no deben confundirse estas dos cosas. Los actos puramente internos, aunque pecaminosos, no son delitos: las acciones externas para serlo deben turbar la tranquilidad pública, ó la seguridad de los particulares. Un pensamiento impuro consentido, dice el mismo autor, es pecado y pecado grave; pero no delito, ni sujeto á las leyes humanas: deriva filosóficamente esta distincion del fin, que tuviéron los hombres, quando se reuniéron en vida sociable, renunciando á su libertad y derechos de independencia con el objeto de mantener ilesa la sociedad y seguridad de los mismos particulares: de esto arguye, que las leyes penales, que naciéron con la sociedad como esencialmente necesarias para su conservacion, no pueden tener otro objeto, que aquellas acciones externas, que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad, ó la seguridad de los particulares, y que de consiguiente solo estas son verdaderamente delitos.

2 De aquí es lo que dice el jurisconsulto en la *ley* 18. *Dig. de Poen.*, con la qual concuerda la *ley* 2. *tit.* 31. *part.* 7., que á ninguno se le impone pena por el solo pensamiento de cometer algun delito: *por el pensamiento ninguno padece pena*: á esto ha de aludir lo que dice Ciceron en el *lib.* 3. *capitul.* 17. *de Officiis*: *sed aliter leges aliter philosophi tollunt astutias*, y lo que dice la *ley* 225. *Dig. de Verb. sign.*, que esclavo fugitivo no debe entenderse

el que está en ánimo resuelto de escapar, sino el que hace algun acto para ello: *ideo fugitivum quoque, et erronem, non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu intelligi constat.*

3 Domát en el *Derecho público lib. 3. tit.* 1. sienta la misma regla, que pongo aquí, y saca por conseqüencia de ella, que si dos quieren cometer un homicidio en dos personas distintas, llegando cada uno á dar el golpe y á tener el uno el efecto de la muerte y el otro no más que de una simple herida, debe solo uno ser tratado y castigado como homicida, y el otro con pena mucho mas ligera, sin que sea injusto darse una pena tan diferente á los reos de un mismo delito, que solo se diferencian en las resultas del atentado. Da para ello dos razones: la primera, que, siendo el espíritu y fin de la policía el arreglar el órden exterior, debe ella ocuparse principalmente en el cuidado y castigo de los delitos, en quanto estos turban y alteran aquel órden imponiendo mayores penas á las acciones, que tienen mas fatales conseqüencias de turbacion de sosiego, y quietud pública, que á las que las tienen menores, dexando á la justicia divina el discernimiento del castigo debido á las acciones, que alteran ménos el buen órden, aunque sean en quanto al interior del que las cometió mas criminales en realidad. La segunda razon la saca dicho autor de la dificultad ó imposibilidad, que hay muchas veces, en conocer, quál ha sido el motivo ó el impulso que ha hecho obrar, la imprudencia, la gravedad, y la calidad de la malicia, con que se ha hecho la accion, añadiendo que, quando el éxito y las resultas dexan ó permiten dudar de la intencion del delinqüente, seria injusto suponer, ó tener la accion por mas criminal de lo que la hace en realidad

el éxîto y sus particulares circunstancias.

4 Aun entre los canonistas y teólogos, que se entran mas en lo interior del hombre juzgando del fuero interno, es corriente adagio, que la iglesia no juzga de las cosas ocultas: y aunque el jurisconsulto en la *ley* 14. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.* dice, que en los delitos se atiende la voluntad y no el éxîto, y tanto en la legislacion romana, como en otras, se encuentran autoridades, que coinciden en lo mismo, con todo no pueden éstas entenderse de pecados únicamente de voluntad interna, sino manifestada ya y empezada á ponerse en execucion con algun acto externo. Así lo explica Matheu de *Crimin. Prolegom. cap.* 1. *núm.* 5. *y* 6. Quando se llega á este punto de romper la voluntad en algun acto externo, con que empieza ó se dispone el hombre para el delito, como si prepara el veneno, ó hace otro acto semejante, para poner en execucion su malvado designio, no queda ya la cosa en puro pensamiento: ni dexa ya de turbarse el buen órden y la tranquilidad, usándose ó abusándose de las cosas contra lo que prescriben las leyes, y para fines prohibidos, dándose además casi siempre mal exemplo con estas acciones: en una palabra aquel acto externo, aunque por sí ú ordenado á otros fines pudiera ser indiferente, y aun bueno en algunas circunstancias, enderezado al mal uso y designio, que suponemos, es ya prohibido por leyes, cuya transgresion nos obliga á considerarle como delito. De aquí es, que en la *ley* 5. *Cod. de Episcop. et cler.* se manda castigar con pena capital el conato del rapto de virgen consagrada á Dios en algun monasterio; que lo mismo se decide en la *ley* 5. *Cod. Ad leg. iul. mai.* en el delito de lesa magestad; en la *ley* 8. *Cod. Ad leg. corn. de sicar.* en el

*Quando la voluntad interna se manifiesta con algun acto externo debe considerarse ya delito.*

infanticidio ; en la 38. *al fin. Dig. de Poen.* en el suicidio ; en la 3. §. 11. *Dig. de Re milit.* en la desercion. En la *ley* 21. *Dig. de Furt.* se ve , que el conato solo de hurtar , quando ha llegado á manifestarse con acto externo de abrir armario ó arca, debe considerarse como hurto. No cito estas leyes para probar , que el conato merezca igual pena, que el delito consumado, de lo que se hablará despues , sino para prueba , de que debe graduarse como delito en los casos , en que se produce ya y manifiesta afuera la intencion.

## CAPITULO III.

### *De diferentes distinciones de delitos.*

*Distincion de delitos en atentados y consumados.*

1 Explicada ya la naturaleza de los delitos falta poner ahora las diferentes distinciones , que pueden hacerse de los mismos , para hablar despues separada y distintamente de cada uno de ellos : y la primera puede ser en delitos atentados solamente y consumados : pues, aunque es necesaria la alteracion del buen órden de la república para concebir la idea de delito, se ha advertido tambien, que el conato solo de un delito , preparándose ya á cometerle el hombre con acto externo , es punible como delito : y á estos llamarémos delitos atentados ó conatos de delito á diferencia de los consumados, esto es de los que ha querido ó podido poner en execucion el malhechor.

*en los que lo son de comision ó omision.*

2 Tambien deben distinguirse los delitos de modo , que los unos sean de comision y de omision los otros. Todos ponen esta division , y entre ellos Matheu de *Crimin. Prolegom.* en el *cap. 6. num. 1.* El delito es transgresion de las leyes : éstas pue-

den mandar, que el ciudadano se abstenga ó dexe de hacer alguna cosa, como sucede en las mas, ó que positivamente haga otra: el que hiciere lo que prohibe la ley caerá en delito de comision; el que dexa de hacer lo que ella manda en delito de omision.

3 Los delitos tambien, desechada la sentencia de Zenon, de que se hablará despues, el qual los tenia á todos por iguales, son graves ó leves, *ley* 6. *Dig. de Accusat.*, *ley* 9. §. 3. *Dig. de Offic. procons.*, *nov.* 17. *cap.* 3. Los primeros son los que perjudican gravemente al estado; los segundos los que causan solo perjuicio leve. Muchos intérpretes, como se puede ver en Matheu *de Crimin. Prolegom. cap.* 4. *núm.* 3. *y* 4. y en el Sr. Lardizabal *Disc. sobre penas cap.* 4. §. 1. *núm.* 2. *y* 3., quieren por las penas graduar la gravedad ó levedad del delito: y no tiene duda, que por la pena se podria venir en conocimiento de dicha diferencia, si los que han influido en todos tiempos en la legislacion hubiesen tenido siempre el fiel de la balanza en caxa con ojos bien penetrantes y filosóficos al tiempo de establecerse los castigos, para pesar bien la malicia de las acciones y la alteracion del buen órden de la república, sin aplicar pena grave á delito leve. Pero el mismo Matheu trae exemplos de haberse bien olvidado esto, despreciando semejante modo de explicar la gravedad ó levedad: y apénas hay república, en que no se haya faltado en esto, como se verá en el capítulo siguiente. Lo mismo supone el Señor Lardizabal, despreciando dicho medio, para venir en conocimiento de la gravedad de los delitos.

*en graves y leves.*

4 En el *cap.* 1. de la pragmática de 12 de marzo de 1771 es bien expreso, que deben distin-

*en feos y no calificados.*

guirse dos clases de delitos: la una de los que no son calificados, conviene á saber de los que, aunque sean punibles, no suponen en sus autores un ánimo absolutamente pervertido, y suelen ser en parte efecto de falta de reflexîon, arrebato de sangre ú otro vicio pasagero, como las heridas, aunque graves en riña casual, simple uso y porte de armas prohibidas, contrabando y otros, que no refunden infamia en el concepto político y legal. La otra clase, que debe distinguirse de delitos, es, segun la expresion de la misma ley, de los delitos feos y denigrativos, que, sobre la viciosa contravencion de las leyes, suponen por su naturaleza un envilecimiento, y baxeza de ánimo con total abandono de pundonor en sus autores, como son todos aquellos delitos y casos, en que segun las leyes del reyno se aplicaba la pena de galeras, ya fuese por la esencia de los mismos delitos, ya por el mal hábito de su repeticion.

*Distincion de los romanos entre delitos públicos y privados, que ya no es de uso.*

5 Una de las principales divisiones del derecho romano es la de los delitos públicos y de los privados, comprehendiéndose en estos últimos los que principalmente se dirigen contra los particulares, como el hurto, rapiña, daño ocasionado sin derecho, y la injuria, aunque indirectamente redunden estos delitos contra el público, transtornando la quietud, union y concordia de los ciudadanos. Se entienden públicos los que mas directa y principalmente son contra el público, ó propiamente los que eran el objeto de juicios públicos, *ley* 1. *Dig. de Pub. iud.* Estos se subdividian en ordinarios y extraordinarios. Los ordinarios eran los que ya tenian pena cierta y determinadamente prescrita por alguna ley: los extraordinarios los que no la tenian. Es muy embarazosa y

complicada èsta distincion, ni pueden entenderla perfectamente los que no tienen mucho conocimiento de las antigüedades romanas, corriendo riesgo de equivocarse en la inteligencia, ó en la interpretacion de muchas leyes del derecho civil: para el objeto de esta obra puede bastar lo dicho, teniéndose bien presente el modo, con que se ha explicado esta distincion, ó en que consistia el delito público: esto, aunque no es de ningun uso para estos tiempos, puede servir para evitar tropiezos en la inteligencia y aplicacion de las leyes romanas. Todos los delitos en el dia, inclusos los quatro referidos, que se tenian por privados, son públicos en un mismo sentido, pudiéndose proceder en qualquiera de oficio ó por medio de acusador ó denunciador, y teniendo pena prescrita, ó cierta ya y determinada, ó dexada por las mismas leyes al arbitrio del juez regulado por los principios, que sientan los mismos legisladores. Aun entre los romanos en delitos privados podia procederse pública ó criminalmente á instancia de los agraviados, que segun consta de la *ley últ. Dig. de Privatis delictis* y de otras muchas podian pedir la enmienda de daños y la aplicacion de la pena correspondiente: pero las leyes no daban en quanto á esta segunda parte permiso de acusar sino á los interesados: y sin acusador no se abria juicio criminal. En el dia no hay esta diferencia.

*Distincion de delitos en comunes y propios de alguna clase.*

6 Matheu *de Crimin. Prolegom.* en el *cap. 6. num. 6.* divide los delitos en comunes y propios: los primeros son en su modo de explicar comunes á todo género de personas, como el adulterio, homicidio y otros infinitos, en que puede caer toda especie de personas: los segundos son

los que únicamente puede cometer cierta clase de personas, por ser propia de ellas la obligacion ó las obligaciones, cuya transgresion hace el delito, como la desercion y otros delitos puramente militares, que solo pueden ser propios de los que están empleados en el servicio de las armas.

*en regulares y privilegiados.* 7 Tambien podemos dividir los delitos en regulares y privilegiados: regulares son los que no tienen ninguna cosa, que nos obligue á considerar alguna particularidad en ellos, y privilegiados al contrario los que la tienen. En muchos delitos por las razones, que se expresarán despues, por su atrocidad, ó por la dificultad de justificarlos, se admiten pruebas, de que no se haría mérito en otros: en algunos por semejantes respectos ha parecido conveniente derogar todo fuero y sujetar el reo al juez ordinario, ó al que tiene conocimiento de aquella especie de delito. De esta suerte un escolar, que tiene su fuero, y ha de ser juzgado por su propio juez en delitos regulares, en los de alboroto, resistencia á magistrado, y otros, puede ser juzgado por el ordinario: el defraudador de rentas reales, aunque la regla general de su fuero sea la de conocer de sus excesos el juez ordinario ó el privilegiado, ha de ser juzgado por el magistrado de rentas reales. En los indicados casos el delito es privilegiado, porque no se ha de juzgar de él por la regla general, sino por la ley particular, ó por privilegio, que vale lo mismo, y dá el nombre de privilegiado al delito.

*en notorios y ocultos.* 8 Pueden tambien considerarse los delitos como notorios ó como ocultos: y, aunque hablando con la debida precision y exâctitud de las cosas, puede ser un delito notorio y oculto el delinqüente, veo que los autores comunmente hablan de la pu-

blicidad ó notoriedad del delito, no solo con relacion al exceso, que quedó público y manifiesto por sus resultas, sino tambien con relacion al mismo delinqüente, entendiendo delito notorio por notoriedad de hecho el que se cometió públicamente á la vista del pueblo, ó de muchas personas de él, siendo público y manifiesto su autor por vista de ojos de muchas personas, de manera, que no pueda negarse ni tergiversarse por el reo. No hallo reparo en entender con Matheu de *Crim. Proleg.* en el *cap.* 4. *num.* 15. y con todos los autores, que he leido sobre este particular, por delito notorio al que he dicho, y por oculto ó no notorio al que no tenga dichas circunstancias: pero le hallo con el mismo autor en decir del delito notorio lo que muchos criminalistas dicen con doctrina sacada del derecho canónico.

*Necesidad de juicio en delitos notorios.*

9 En los delitos notorios sientan los canonistas por el *cap.* 9. *de Accusat.* y otros, que no se necesita de acusador, para proceder, ni de guardar la forma regular y formalidad de los otros juicios, ni aun de tomarse declaraciones de testigos para condenar al reo. Esta doctrina parece contraria á la libertad civil, por ser la defensa del derecho natural, y no poder ésta quedar perjudicada en lo que puede el reo oponer contra la misma calidad y circunstancia de notorio, por mas que de alguna informacion de testigos resulte, que es notoriamente delinqüente, en lo que podrian cometerse infinitos excesos. ¿Quántas tachas se pueden oponer contra los mismos testigos, quántas reflexîones sobre las razones de ciencia y lo mismo, que declaran, quan falible la voz del pueblo, quan necio y preocupado el vulgo en pensar, que vé cosas, que jamás se han visto, ni soñado, quantas ex-

cepciones hay para disculpar la accion, ó por defensa propia, ó por haber sido insultado y provocado el que se excedió? Quien no conoce las muchas y graves dificultades, que pueden ofrecerse sobre semejantes hechos en los delitos mas notorios, ignora ciertamente la naturaleza de las cosas. Bien notorios eran en Roma los horribles delitos de Verres y de otros: por esto no dexaba de formarse el proceso contra cada uno de ellos en la forma regular. Lo cierto es que dicha doctrina no ha prevalecido: y hasta en los delitos de lesa magestad, aunque se suelen abreviar los términos, se procede en la forma regular de hacerse los cargos, y darse defensa á los reos, como se verá despues.

*Distincion de delitos de prueba regular ó dificil.*

10 Entra ahora la distincion de delitos de dificil prueba ó de prueba fácil y regular: los delitos de dificil prueba son aquellos, de que fácilmente no puede tenerse justificacion, contándose en este número el parto supuesto, el incendio, la simonía, la conjuracion, los venenos, las falsificaciones, los hurtos, los delitos domésticos, los de lascivia, y otros semejantes á los referidos, como puede verse entre otros en Calderó *decis.* 41. *num.* 1. *y* 2. y en Matheu *de Crimin. Prolegom. c.* 4. *num.* 15. En esto no tanto debe considerarse lo que las circunstancias del delito particular facilitan ó dificultan la prueba, como lo que comunmente sucede en los demás delitos de la misma especie: por casualidad puede muy bien suceder, que de un delito de dificil prueba, como de veneno, se tengan muchos testigos y pruebas claras, sin quitar esto, que el delito, atendida su naturaleza, ó lo que comunmente sucede en los demás delinqüentes de la misma especie, sea de dificil prueba: de manera que puede ser un delito notorio y de prue-

ba dificil, sin que en esto haya la menor repugnancia por los diversos respectos, con que se dice.

*Delitos nominados é inominados.*

11 Algunos parece, que tambien dividen los delitos en nominados, que tienen nombre propio, y innominados, que no le tienen, distincion, que justamente desprecia Matheu *de Crimin. Proleg.* en el *cap.* 4. *num.* 13.: pues no veo, que pueda tener mucho uso: y rarísimo ha de ser el delito, que no pueda cómodamente reducirse á los que ya se conocen con nombre propio, dado y señalado por el derecho, por mas que se reproduzca de diferentes modos la malicia de los hombres, mayormente dándose el nombre de estelionato á todo delito, que carezca de otro nombre, segun la *ley* 3. §. 1. *Dig. de Stellion.*

*Distincion de delitos con referencia á las virtudes, á que se oponen segun el sistema de esta obra.*

12 Como qualquiera delito se opone á alguna virtud, ó desconcierta alguna parte de la república, por razon ó con relacion á esto conviene tambien dividir los delitos y por dos motivos: el uno, porque, siendo preciso tratar de las penas, que corresponden á cada uno en particular, facilitará esta division un órden metódico para irlos siguiendo de uno en uno sin confundirlos, y para buscar y hallarlos quando convenga en su propio y natural lugar: y el otro, porque, vista la virtud, á que se opone el delito, y en que parte de la república causa trastorno y desconcierto, es mas facil, que de otro modo, el establecer la pena, que sea proporcionada. Domát divide los delitos en seis clases en el principio del *lib. 3. del Derecho público*: la primera de los que vulneran la primera parte del órden de la sociedad, esto es de la religion; la segunda de los que trastornan la segunda parte del órden de la sociedad, y que hieren al príncipe ó al estado, como son los crímenes de lesa magestad;

la tercera de los que turban la policía general del órden público, y que por una parte no tienen mira particular al interes de alguna persona, y por otra no son propiamente delitos de lesa magestad, aunque ofendan la autoridad del príncipe, como los colegios ilícitos, el monopolio, falsa moneda y otros; la quarta de los delitos, con que se falta á las obligaciones naturales del matrimonio y del nacimiento de un modo, que altera el órden público, y cuyas conseqüencias exîgen castigo, como el adulterio, la poligamia, el rapto, los partos supuestos, el incesto, el parricidio, y los atentados contra las personas de los padres, el aborto y el infanticidio; la quinta de los delitos, con que se quebrantan las diferentes obligaciones entre particulares, comprehendiéndose en estos todos los que causan perjuicio á alguno, ya sea en su persona, honor ó ya en sus bienes hasta un exceso, que merezca alguna especie de pena impuesta en justicia, como el homicidio, el latrocinio, el hurto, la falsedad, las injurias; la sexta de los delitos, que, sin perjudicar á los intereses de ninguna persona, turban el órden público por el mal uso, que hacen de sus personas los haraganes, los pródigos, los suicidas, las mugeres públicas, y los que caen en delitos torpes y nefandos.

13 Á mí, sin apartarme jamas del método, que he empezado á seguir en mi obra, me parece, que pueden dividirse mas cómoda y expeditamente en otras seis clases, esto es en delitos opuestos á la religion, á la justicia, á la fortaleza, á la sabiduría, á la economía y á la policía, con relacion al fin, que he tenido en hacer esta division, y se puede ver en el principio del *tit. 9. lib. 1.*

# CAPÍTULO IIII.

## De las penas.

## SECCION I.

### De las penas en general y de su definicion.

1 Acaso de todos quantos asuntos hemos tratado hasta ahora ninguno hay mas digno de la atencion de un letrado de estos tiempos, que el presente, por lo que en él interesa la humanidad, atormentada y degradada de su nobleza por espacio de muchos siglos con la atrocidad de los suplicios, sin proporcion ninguna con los delitos, ni cuidado de conseguir los fines, á que se debe dirigir el castigo. La irrupcion de los bárbaros del Norte eclipsó la luz de las ciencias, que resplandecia en Europa, y borró del todo las nobles ideas, que daba ántes la jurisprudencia romana de la nobleza de los hombres. Destrozado el imperio romano en muchos estados, y subdivididos estos en diferentes dominaciones con el sistema del gobierno feudal, cuyos barones ó señores aspiraban siempre á la absoluta independencia del soberano, y á la opresion de sus súbditos, habiéndose arrogado el derecho de hacer la guerra unos á otros, todo era desórden, esclavitud, zelos, desavenencias y guerras. *Abusos que ha habido en la imposicion de penas y su causa.*

2 En unos tiempos tan tenebrosos bien claro es, que no podia reynar el debido conocimiento del corazon humano, que es el mas intrincado laberinto, ni de las relaciones é intereses recíprocos de los que forman la sociedad, ni el debido cui-

dado en atemperar las penas al carácter, costumbres, clima, genio y religion de los súbditos, con poca ó ninguna filosofía para desprenderse de los prejuicios y errores, en que induce la agitacion de las pasiones, y la crianza desde la niñez ó el hábito y costumbre de ver las cosas en un modo y forma. Lo mas raro es, que hasta poco tiempo ha se haya gobernado toda la culta Europa en el punto de aplicar las penas á los delinqüentes con leyes, que deben su orígen á aquellos calamitosos dias de ignorancia y de desórden: á proporcion de lo que se ha ido introduciendo el conocimiento y gusto de las ciencias se ha pensado generalmente en reformar este grande abuso, y en muchos estados se han hecho códigos de nueva legislacion: pero son muchos, y de los que se precian de muy cultos, que tienen todavía muchísimo que enmendar.

*En España es en donde ha habido ménos.*

3 Nuestros benéficos soberanos no se han descuidado en un punto tan interesante como éste: y ya el Sr. D. Cárlos III. pensó y tomó muchas providencias conducentes para mejorar la jurisprudencia criminal, como se puede ver en el Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre las penas cap.* 1. *num.* 24. 25. *y* 26. y en el prólogo §. 10. En éste se puede ver tambien, que nuestra nacion es de las ménos defectuosas en la parte, de que tratamos, entre las que no se han reformado en estos últimos tiempos: y en efecto al hablar despues de la individuacion de cada pena por su delito verémos, que no se han autorizado en España los bárbaros suplicios de desquartizar con caballos, ni de romper los hombres vivos en la rueda, ni otros semejantes, que con la ferocidad y habitud inhumana de castigar desapiadadamente, derivada del tiempo de los bár-

baros, se han introducido en otras naciones de Europa: aun las penas capitales moderadas no se aplican, ni con mucho á tantos reos, ni por delitos leves, como verémos despues, que se hace en otras partes.

*La conservacion de las penas antiguas es peor abuso que el de la imposicion á su tiempo.*

4 Lo mas particular es que era mucho ménos reprehensible establecer las indicadas penas en su principio, que el conservarlas en tiempos posteriores, no solo por la ignorancia, que habia en los siglos pasados de la humanidad y filosofía respecto de los que dictáron las leyes penales, sino tambien por las circunstancias, en que se hallaba el pueblo: pues, como todo era entónces disturbios y guerras de unos señores con otros, acostumbrados los hombres al derramamiento continuo de sangre, y habituándose á la ferocidad de costumbres, que cria el manejo incesante de las armas, y la vista continua de heridas y muertes, solo podian ser contenidos con amenazas de horrorosos suplicios. Las penas suaves y moderadas no podian hacer impresion en unos ánimos, envilecidos en la esclavitud, ó feroces é indómitos con la anarquía é independencia: estas circunstancias son ya y de mucho tiempo del todo diversas: de manera, que por esta reflexîon las penas, que en muchos estados ya ántes eran crueles, lo son mucho mas por razon del tiempo. Pero, desviados los ojos de tristes espectáculos, y de tiempos pasados, empecemos con la nueva luz de estos últimos siglos á reconocer y tratar todo lo que hay, que decir en esta materia de penas, comenzando por la definicion, y explicándola de un modo semejante á el que se ha seguido al hablar de los delitos.

*Definicion de la pena.*

5 Pena, dexándose aparte varias definiciones, con que cada autor pretende explicarse con mas

exâctitud que los otros, es un castigo proporcionado del delinqüente, impuesto por potestad legítima para escarmiento y enmienda de los hombres con reparacion del daño particular ó público, que se causó con algun delito. Por esta definicion es manifiesto lo que se declaró por el Consejo con real provision de 6 de febrero de 1781, que la aplicacion de vagos, ociosos y mal entretenidos á las armas, hospicios y casas de misericordia no son penas, sino destinos precaucionales, y lo que se mandó en el §. 3. *y* 4. de la real cédula de 12 de julio de 1781, esto es, que las justicias, regidores, jurados, diputados, y síndicos cuiden de recoger vagos ineptos para las armas en casas de misericordia, colocando con amos ó maestros á los niños y niñas ociosas sin hacerse autos, ni sumarias, y sin haber apelacion de estas providencias, por no ser penas, como no las hay de arreglos domésticos: es razon, dice la cédula, que no salga del ayuntamiento toda esta materia.

## SECCION II.

*De la facultad de imponer penas capitales en las supremas potestades.*

*Facultad de imponer la pena capital en las supremas potestades.*

1 En la definicion se ha dicho expresamente, que la pena ha de ser impuesta por potestad legítima, suponiéndose, que hay la correspondiente en los estados para establecer castigos: verdad tan clara y evidente, que parece no debiera haber necesidad ninguna de probarse: pero el espíritu de novedad, y de disputar de todo con el pretexto de exâminar con buena crítica y filosofía los asuntos, ha empeñado á algunos impios, especialmente

en estos últimos tiempos, á dudar de lo dicho en quanto á la pena capital: por esto es preciso detenerme en este punto, puesto que ya todos convienen en reconocer facultades en el gobierno para imponer penas mas moderadas y suaves, y que todas las pruebas, que traxere en justificacion de poderse imponer la pena capital, prueban la potestad en quanto á las demas especies de penas.

*Autoridades de la escritura, en que ella se funda.*

2 Al hablar de las supremas potestades ya hemos visto lo que á su favor se dice en la sagrada escritura, y con las palabras mas enérgicas y significativas del derecho, que debe residir en ellas, de vida y muerte con relacion á los súbditos en los casos, que corresponda. Con ellas se nos expresa, que el poder, que tienen las supremas potestades, le han recibido de Dios, *Sapientiae cap. 6. vers.* 4.; que no hay potestad, que no venga de Dios; que todas las que hay son ordenadas por Dios; que el que resiste á la potestad resiste á la ordenacion de Dios, y se procura por sí mismo la condenacion, *Epístola ad romanos cap.* 13. *vers.* 1. y 2.; que los jueces no juzgan en nombre de los hombres, sino en nombre de Dios, *Paralipómenon lib.* 2. *cap.* 19. *vers.* 6.; que el príncipe es ministro de Dios, vengador de el que obrare mal, y que no ciñe en vano la espada, *Ad romanos cap.* 13. *vers.* 4. En la misma sagrada escritura se dice, que el que de propósito deliberado, ó por asechanzas matare á su próximo, aunque se refugie al altar debe sacarse de allí para que muera, *Exod. cap.* 21. *vers.* 14.; que el que matare con la espada con espada ha de morir, *Apoc. cap.* 13. *vers.* 10.: y finalmente en el *cap.* 22. *del Exodo vers.* 18. se lee: *no dexarás á vida, ó no permitirás, que vivan los malhechores.*

3 Á mas de estos principios generales no deben olvidarse muchos casos particulares, en que por el antiguo testamento, como puede verse en muchos lugares de él, señaladamente en el *Levítico*, se imponia pena de muerte á los homicidas, á los adúlteros y á otros delinqüentes: pues, aunque aquel castigo era mandado por el mismo Dios, árbitro supremo de la suerte de los mortales, y espiró ya la ley judiciaria, á que se referia dicha pena, con todo parece, que puede tomarse por exemplo para la ordenacion de las demas repúblicas, mayormente habiendo comunicado Dios á las supremas potestades su poder, y constituídolas ministros y vengadores con la espada para exterminar á los malvados: en esto, que tan literal y expreso se halla en los citados lugares del antiguo y nuevo testamento, se ha de fixar principalmente nuestra consideracion, por lo que claramente contiene la facultad de imponer penas capitales, destruyéndose por este medio el principal argumento de los enemigos de esta opinion ó de la causa pública.

*Argumento con que la impugnan algunos.*

4 Estos, pretendiendo hacer derivar toda la plenitud de derechos, que reside en las supremas potestades, del pacto social, con que los hombres se reuniéron en sociedad, para vivir mejor y gobernarse con el auxîlio recíproco de unos y otros á la sombra y proteccion de alguna especie de gobierno, no quieren reconocer la autoridad de vida y muerte en las supremas potestades: dicen que ni cediéron, ó depositáron este derecho con el pacto social los que le formáron, ni pudiéron cederle sin incurrir en una especie de suicidio: así que, no teniendo dicen los hombres, facultad de disponer de su vida, no pudiéron ceder y transferir á otro el derecho que no tenian.

5 Los que así raciocinan parece, que se olvidan de Dios, ó de los derechos de soberanía, que Dios ha concedido á los depositarios de toda la autoridad y jurisdiccion del estado. El pacto social y la eleccion de una especie de gobierno fué requisito necesario para comunicarse el poder, que tiene la suprema potestad: pero el mismo Dios fué el que la dió mediante aquella eleccion: para esto puede tenerse presente lo que se ha dicho en el *lib.* 1. *Prelim. cap.* 2. y las enérgicas expresiones de la sagrada escritura, que poco ha he referido. *Satisfaccion á él.*

6 No solo es obra de Dios la comunicacion del poder indicado, sino tambien el impulso al pacto social. Dios, que ha dispuesto todas las cosas con una admirable providencia y suavidad, inspiró al hombre un amor innato á la sociedad, que no le permitiria errar solo y agreste como una fiera entre los páramos y desiertos: esta natural inclinacion le obligó á juntarse con los demas, y á escoger el modo de gobierno, que mas oportuno les pareciese, para valerse y ampararse recíprocamente. Pero, prescindiendo de esto, una vez formada la sociedad mediante la eleccion de los hombres quiso Dios, que tuviesen las supremas potestades el derecho y la obligacion de exterminar á los malvados: y para esto son ciertamente bien terminantes las referidas expresiones: de este modo no fué preciso, que los hombres cediesen el derecho de vida y muerte, ni hay que temer, que por esto incurra el hombre en el soñado suicidio.

7 Aunque el derecho, de que se controvierte, no se derivase tan clara y distintamente de la fuente de todo poder el mismo Dios, le hallariamos en la misma naturaleza de las cosas, y en el pacto social. Este, si se considera, como debe con- *Pruebas del derecho natural en quanto á la pena capital.*

siderarse, racional y prudente, no pudo dexar de comprehender la renuncia de todos los derechos, que fuese necesaria para conservarse la sociedad: y, como su conservacion sea imposible sin la competente facultad de aplicar penas de muerte, podemos hallar en el pacto social el derecho, que algunos quieren destruir con el mismo pacto. Despues se hará evidencia de la indicada necesidad de las penas capitales para mantener el buen órden y sosiego público: ¿Si el pacto social y la renuncia, que con él se hizo de la libertad natural, se extiende, como no pueden negar los pretendidos filósofos, á que por guerra, y otros motivos se haya de poner el hombre sin culpa ninguna en peligro de la muerte, y muchas veces arrojarse á ella conocidamente, porque no ha de extenderse á correr el mismo riesgo con culpa en una causa criminal, siendo esto tan necesario, como aquello, para conservar la república? ¿cómo puede negarse, que en el pacto social fuese la voluntad comun de todos, que el príncipe elegido tuviese en órden á los individuos, que forman el estado, el mismo gobierno y autoridad, que tiene un padre ó cabeza de familia respecto de sus descendientes, en quien todos, quando se trata de no haberse reunido en estado diferentes familias, y los romanos aun despues de establecida su república, han reconocido para algunos casos la autoridad de vida y muerte?

8 La misma naturaleza, aunque no debiese extenderse á ello la fuerza del pacto social en voluntad presunta ó tácita, daria derecho para castigar de muerte, y dictaria la doctrina, que voy cimentando. La naturaleza es la que por la recíproca necesidad, que tienen unos hombres de

otros, los ha puesto en algun modo en necesidad de formar sociedades, dexandoles solamente en los primitivos tiempos de su libertad la eleccion y forma de gobierno: ella es la que con muchas especies de sentimientos, que nos inspira, y comparaciones que proporciona, nos guia á este modo de discurrir, ó nos imbuye con él desde nuestra tierna edad. ¿Qué denota aquel justo ódio, con que al oir ó ver algun parricidio ó un simple homicidio, nos encendemos en deseo, de que se prenda y castigue de muerte al que mató á otro? ¿con qué sentimos dentro de nosotros impulso y movimientos para la execucion? ¿con qué decimos, y aplaudimos luego, que quien á hierro mata á hierro muere? ¿qué significa la práctica inconcusa de la pena capital desde el principio del mundo hasta ahora en todas las naciones cultas y bárbaras en el uso continuo y nunca variado, sino hasta pocos tiempos ha, y en pocas partes y con poca duracion, como luego se verá, sino una voz unánime, con que la naturaleza en todos los siglos y en todas las naciones del mundo ha declarado necesario el uso de dicha pena?

9 Todo árbol necesita de ser podado en las ramas secas y viciosas: se han de arrancar siempre por un labrador solícito las hierbas, que dañan: y en el cuerpo humano, que es la mas excelente comparacion, que por derecho natural pueda hacerse con el cuerpo político de un estado, es necesario alguna vez mortificar y cortar algun miembro para salvar el cuerpo. Con relacion á esta semejanza, y valiéndose de ella Ciceron, tan buen filósofo como orador, dixo en el *cap. 5. de la 8. Filípica* lo que voy á referir, y que parece nacido contra los pretendidos filósofos, que impugno. *En*

*el cuerpo humano*, dice, *permitimos, que se le dé cauterio, ó que se corte lo que puede dañar á lo restante del mismo cuerpo, para que ántes perezca algun miembro, que todo él: del mismo modo en la república, para que el todo sea salvo córtese todo lo que sea dañado: dura sentencia: pero mas dura la otra: queden salvos los malos, los malvados, los impios; perezcan los inocentes, los honrados, los buenos, toda la república.* Las comparaciones referidas y razones, que no se sacan de alguna ley añeja de códigos antiguos, sino del fondo del corazon é inclinaciones, con que cada dia nacen los hombres, prueban, que si hay en la república algun miembro canceroso, cuyo mal pueda inficionar las demas partes, se corte; y que este medio, aunque no pudiese suponerse voluntad presunta, ni facultad en fuerza del pacto social, le persuade y precisa la naturaleza por la conservacion de las sociedades, á que ella misma inclinó á todos los vivientes en todos tiempos.

*Es vano el pretexto de no ser necesaria la pena capital.*

10 Aquí se ofrece una réplica, que es la última cortadura, en que se defienden los enemigos de la autoridad pública, ó de las facultades en ella para aplicar pena capital. Esta, dicen, que no es necesaria, y que la esclavitud y humillacion de un hombre, condenado perpetuamente á trabajos públicos, subrogada en lugar de la muerte, es mas poderosa para contener los malos, y que no es el freno mas fuerte el espectáculo momentáneo de un malhechor condenado á muerte, sino el largo y dilatado exemplo de un hombre transformado en bestia de servicio. Yo me rio de este modo de filosofar, y mas quando veo, que ya le ha reprobado la experiencia. El Sr. D. Manuel de Lardizabal dice sabiamente en el *cap.* 5. §. 2. *num.* 15. de su *Dis-*

*curso sobre las penas*, que no es solo el espectáculo momentáneo de la muerte el que sirve de freno, sino tambien la cierta ciencia, que cada uno tiene, de que cometiendo los delitos, que tienen pena capital, perderá el mayor bien que es la vida, y que esta ciencia hace una impresion permanente y duradera: por otra parte, aunque la esclavitud, entrándose por los ojos con la vista diaria de los espectadores haga una continuacion de impresion y memoria de la pena, que no causa la execucion pasagera de un suplicio de muerte, la impresion de esta, aunque en una sola vez, es mas fuerte, y causa mas horror para el escarmiento, que la otra, prescindiendo de que en la práctica, como indica el mismo autor, seria casi imposible, tener siempre á la vista tantos condenados á esclavitud, y seria preciso encerrarlos en un lugar destinado á este fin, como se hace ahora con los condenados á presidios y arsenales: y entónces la esclavitud perpetua vendria á ser para el pueblo un espectáculo tan momentáneo, pero mucho ménos terrible, que la pena de muerte. Aquello de acabarse todo con la muerte da una grima, y un horror, que nunca podrá causar la vista de la esclavitud: esta parece cien veces mas llevadera, como lo es en realidad: la compañia ó multitud de compañeros, que se tiene en el trabajo, la hace mas pasadera: la posibilidad, de que podrá algun dia escapar el reo con uno de los medios, que sugiere el anhelo de la libertad, que podrá ayudar algun pariente ó amigo, que puede haber indulto con algun feliz suceso, ó conseguido á instancias y súplicas de algun protector, que puede haber alguna mudanza ó revolucion de república, que podrán amotinarse todos los esclavos, como ha sucedido muchas veces, borra

gran parte de la impresion, que causa el temor de una muerte, que lo corta y acaba todo de una vez.

*La experiencia prueba, que lo es.*

11 El ver, como se ha dicho, que desde el principio del mundo hasta nuestros dias, se ha hecho uso de la pena capital en todos los estados, obliga á mirarla, como necesaria en algunos casos, para mantener el buen órden y la tranquilidad de la república. No hay, que filosofar contra la experiencia, que es la maestra principal: ni podran ya los pretendidos filósofos apelar, á que no se haya hecho prueba de la subrogacion, que ellos quieren, de la esclavitud ó destino á trabajos públicos: pues en el capítulo de Viena de la gaceta de Madrid de 14 de abril de 1786 se dice, que S. M. Imperial Joseph II., movido de los impulsos de su corazon humano y piadoso habia seguido hasta entónces la opinion, que prevalece entre algunos juristas, de que la pena capital no contiene tanto á los malhechores, como los castigos de azotes y trabajos públicos, y que efectivamente desde el principio de su reynado no habia permitido que se quitase la vida á reo alguno en Austria y Bohemia; que la experiencia de mas de cinco años le hizo ver, que los delitos se aumentaban y crecian en atrocidad, y que así se determinó á variar, confirmando entónces por primera vez una sentencia de muerte, pronunciada contra un asesino, que se executó en 10 de dicho mes y año: y en la gaceta de la misma Corte de Madrid de 13 de mayo de 1794 en el capítulo de Viena se lee, que habiendo los tribunales de Hungría representado al Emperador, que la suspension de la pena de muerte, en vez de disminuir los delitos, como se habia creido, contribuía á que fuesen mas freqüentes y aun mayores, habia mandado S. M., que se

restableciese dicho castigo para los casos, que previene la ley.

## SECCION III.

### *De la necesidad de moderacion en toda especie de penas.*

1 Despues de haber combatido á los que niegan á las supremas potestades el poder de castigar los reos con penas capitales es preciso volvernos tambien contra los que dan en el extremo opuesto de abusar de la misma facultad, aconsejando y dictando siempre leyes sanguinarias: y en este particular no hay duda, que generalmente hablando se ha abusado en algunas partes en tiempos pasados, como se ha dicho ántes indicando las causas del desórden. Es preciso pues sentar desde luego, que debe procederse con mucho miramiento y circunspeccion en aplicar la pena capital; y que hablando generalmente no debe reynar la severidad en las penas por los grandes inconvenientes, que de ella nacen.

*Miramiento con que se debe aplicar la pena capital.*

2 La comparacion del cuerpo humano con el político de la república, que ha sido nuestra estrella de guia en muchos lugares de esta obra, lo debe ser muy particularmente en el presente. No consiente nadie, que se le corte un miembro, sino en el caso de un extremo apuro; ni los buenos médicos ó cirujanos disponen semejante remedio, sino en caso de suma necesidad para salvar el cuerpo. Si los magistrados en aplicar las penas, y los que tienen parte ó influyen en la legislacion, miran á los pobres reos como á miembros del cuerpo, de que ellos son cabezas, y cuidan de la conservacion

*Obliga á él la comparacion del cuerpo humano con el político.*

de los reos, del modo, que la cabeza del cuerpo humano la procura de los demas miembros, no errarán jamas en el punto de la proporcion de penas y delitos.

*Obliga á lo mismo la dignidad del hombre.*

3 Por otra parte es muy grande la dignidad del hombre, hecho á imágen y semejanza de Dios, redimido con la preciosa sangre de su Unigénito Hijo, que vino al mundo por cada uno de nosotros, para que no se pese, y reconozca como la cosa mas séria y reservada para casos de necesidad, el quitar la vida á alguno: es muy respetable el autor de la naturaleza, para no estremecerse con un santo horror el que quiera destruir lo que él crió, mayormente tratandose de una hechura de sus manos, y de una obra tan perfecta como la del hombre. Grocio en el *lib. 2. de Iure belli et pacis cap. 1. num.* 14. dice, que tiene por muy probable la sentencia de Escoto, el qual parece, que defendió, que no se puede aplicar pena de muerte por otros delitos, que los que la ley dada por Moyses castigaba de dicho modo, ó en otros de igual gravedad, fundándose en que de otra manera no puede tenerse noticia de la voluntad de Dios, que es la única, que puede tranquilizar el ánimo en un negocio tan grande como este.

*Excesivo uso de la pena capital en muchas naciones.*

4 Con todo no solo en el Japon, en donde se castigan casi todos los delitos con pena de muerte, y con atrocísimos suplicios, sino tambien en las naciones, que se precian de muy cultas en Europa, es mucho el exceso, que se hace de la pena capital. En el capítulo de Lóndres con fecha de 11 de octubre de 1785 de la gazeta de Madrid de 1 de noviembre del mismo año se lee lo siguiente: *En un siglo, contado desde el año 1685 hasta ahora, han sido sentenciados á muerte y ajusticiados en el reyno se-*

*gun cálculos prudentes setenta mil personas: número espantoso, y que despierta el deseo de la conservacion de tantas vidas, que tal vez se podrian libertar, sin dexar impunes los delitos, empleando á sus autores, en lugar de privar á la sociedad para siempre de ellos, en construir puertos, hacer rios navegables, abrir canales y caminos por los montes, descuajar terrenos, cultivar otros, beneficiar minas y canteras, ú otras obras públicas semejantes.* Del rigor de las leyes de Francia, aun hablando del tiempo anterior á la revolucion de 1789, puede verse lo que dice Mr. Letrosne citado en el prólogo del *Discurso sobre penas* del Sr. Lardizabal. Nuestra nacion puede ciertamente gloriarse de ser moderada, como arriba se ha dicho, en este punto, en que tanto se exceden las otras.

*Crueldad con que se ha aplicado en algunas partes dicha pena.*

5 En quanto al modo ó especie de penas capitales, al ver, y aun al oir ó referir sencillamente los toros de Falaris, los cuerpos vivos ajustados con los muertos por el cruel Mezencio, las cárceles de Dionisio, la cruz, la rueda, y otros semejantes suplicios, no puede dexar de estremecerse la humanidad, y de horrorizarse, de que los que debian buscar todos los temperamentos de humanidad y alivio en el caso de la extrema necesidad de cortar algun miembro, y dar en todo exemplos de moderacion á los pueblos, en la misma administracion de justicia los hayan dado de lo contrario.

*Moderacion con que se ha aplicado y se aplica la pena capital en España.*

6 En España tenemos tambien en esta parte la moderacion, que se echa ménos en otros reynos. En nuestros tiempos no se usan otras penas, que la de horca, garrote, y arcabuceo, como dice el Sr. Lardizabal en su *Discurso sobre penas c.* 5. §. 2. *num.* 23.: en Cataluña en algunos delitos gravísimos se desquartizan los delinqüentes, pero en sus

cadáveres despues de executado el reo con pena de muerte. Algunas leyes, que imponian antiguamente la pena de asaetear, y quemar vivos á los delinqüentes, quedan derogadas en España, y no ménos las de arrancar dientes, y mutilaciones de miembros, como se verá en la *sec.* 5. *art.* 3. §. 2.

*Necesidad de la moderacion en toda pena.*

7 Hablando en general no solo de penas capitales, sino tambien de las demás, desde luego sentamos, que conviene mucho al estado la moderacion. En el castigar los delitos, como dice sábiamente Cicerón en el *lib.* 1. *de Officiis cap.* 25., no debe tener ninguna parte la ira.

*Si las penas son crueles no se aplican con mucho perjuicio.*

8 Los inconvenientes, que se siguen del abuso en la crueldad de penas, son muchos y muy graves. El primero es, que luego se debilita el rigor de la pena, sin hacerse uso de ella, y se enseñan los hombres á no temerla, y á no guardar el respeto debido á las leyes. De aquí sin duda proviene, que sean tan raros los escarmientos de los fallidos y ladrones domésticos en Europa, porque la misma severidad de penas, que las leyes imponen en la mayor parte de los estados, retardan todos los movimientos de los ministros de justicia en la averiguacion: y los pocos, que pudieran facilitarla, ceden y encubren, estrechados por los parientes ó amigos del reo, ó compadecidos con un afecto natural de humanidad, que tenemos á nuestros semejantes, especialmente quando vemos, que se les ha de quitar la vida, ó atormentar con pena cruel.

9 Es fácil observar, que quanto mas rigurosas son las leyes en asuntos de policía y economía, como de uso de armas, juegos y otras semejantes, de que hay muchas en todos los estados, tanto mas negligencia se vé en celar la observancia por la ra-

zon indicada : y de aquí se sigue, que á vista, con ciencia y paciencia, y aun intervencion de los mismos magistrados se contraviene á muchas leyes suntuarias, teniéndose por ridículo y estóico, si hay alguno, que se detenga por ellas, ó las quiere hacer observar. Por otra parte, como la ley no está derogada, si un juez por capricho, ódio ó parcialidad, envidia ú otros efectos de pasiones semejantes, quiere perseguir á alguno, que por otra parte será hombre de bien, se forman autos: y por lo mismo, que por largos tiempos se ha dexado hacer á todos, se le multa ó condena á mayores penas. De esta manera la ley, quando no tiene bien proporcionada la pena, no sirve sino de lazo para perder los hombres á arbitrio y antojo del magistrado: y esto puede contarse como segundo inconveniente.

*Con la crueldad de las penas perecen muchos hombres sin remediarse el mal.*

10 El tercero consiste en que los hombres con la costumbre de ver cada dia suplicios se familiarizan con ellos; y perdiéndoles el temor, y dando por otra parte continuamente impulso las pasiones y la depravacion de la naturaleza corrompida con èl pecado, caen en los mismos excesos que ántes: de esta suerte no se cura el mal, y se usa de un remedio perjudicial á la república, y peor aun, que el mismo mal. Montesquieu en el *lib. 6. cap. 12. del' Esprit des loix* dice, que en algunos estados eran muy comunes los robos en los caminos públicos; que para impedirlo se inventó el suplicio de la rueda; que esto lo detuvo por algun tiempo; pero que despues se ha continuado en robar como ántes en los mismos lugares: lo propio dice de la desercion. El grande número de los que he dicho, que se ajustician en Europa, prueba esta verdad, y que con la severidad de penas perece un

sin número de gente sin disminuirse por otro lado los delitos.

*y se precipitan en delitos atroces.*

11 El quarto inconveniente se reduce á que no solo no se cortan los delitos con la crueldad de los suplicios, sino que los hombres se precipitan á otros mucho mayores. Son muchos los autores, que se quejan de que en Francia desde que se castigó el simple hurto con pena de muerte se multiplicó el número de los asesinos. El mismo Montesquieu en el *lib. 6. citado cap.* 16. dice, que en Moscovia, en donde la pena de los ladrones y asesinos es la misma, ó lo era en tiempo de dicho autor, todos los dias se asesinaba, porque los muertos, dice, que no cuentan nada: y esta razon, quando no tuviesemos á vista de ojos la experiencia, es bien clara y natural: al ladron, que por simple hurto tiene pena de muerte, le falta un freno que podria, teniendo otra pena el hurto, detenerle para no llegar al homicidio: este crimen no solo no le sujeta á mayor pena, sino que aun le puede libertar de la del hurto, porque se dificulta, ó imposibilita la prueba con el homicidio. Con esto la severidad de la pena del hurto dá dos alicientes á los ladrones, para que sean homicidas: y lo mismo, ó de un modo semejante, se puede discurrir de los demás delitos, causando el remedio en esta parte peores males, que los que van á corregirse con el rigor excesivo de las penas.

*no se dexa castigo proporcionado para los delitos mayores.*

12 Debe reputarse por quinto inconveniente, y muy opuesto á la justicia, el que con la severidad cruel en las penas de los delitos menores no queda despues castigo proporcionado para los mayores. ¿Quándo se ha agotado ó derramado ya la sangre en la vindicta de los delitos menores, qué pena quedará con proporcion para la de los mayores?

13 El sexto inconveniente es la ferocidad de costumbres, con que se cria el ánimo de las gentes, enseñadas á sufrir castigos, y á ver todos los dias crueles y horrorosos espectáculos: de este modo se pierde poco á poco la sensibilidad: se hacen callos en el ánimo, como en una piel endurecida: y á mas de despreciarse los castigos, que por verse cada dia no causan impresion, se habitúan los hombres á cosas sangrientas y atroces. Así dice Tulio en el fin de la *Oracion pro Sexto Rosio Amerino*, aludiendo á las resultas de las guerras y discordias civiles, que no solo se habia padecido el daño de haberse muerto atrozmente á muchos ciudadanos, sino tambien el de haberse quitado del ánimo de las gentes la misericordia ó compasion: *porque*, dice, *viendo á todas horas ú oyendo, que se hace alguna cosa atroz, aun en los que naturalmente somos muy compasivos con la continuacion de las aflicciones van perdiendo nuestros ánimos todo sentimiento de humanidad.* De una nacion agreste y feroz hay poco que esperar, no solo en puntos de policía, la qual en todas sus partes pide un ánimo culto y humano, sino tambien en los de justicia: y la experiencia muestra, que en ninguna parte se cometen mas delitos, que en donde son mas severas las leyes. En España, en donde son mucho mas humanas, que en otras partes, son raros los delitos graves de robos, heridas y homicidios comparados con los de otras naciones.

*se hacen con ella feroces los hombres.*

14 El séptimo inconveniente consiste en los malos efectos de envilecerse los ánimos de las gentes tratadas, y atormentadas como esclavos, que nunca pueden elevar sus pensamientos á cosas grandes, quedando atemorizado, encogido, y apocado el espíritu con el uso continuo de los castigos.

*se abaten y apocan sus ánimos servilmente.*

¿Qué nobles y altas ideas no daba á los ciudadanos romanos el privilegio, de no poder ser azotados y otros semejantes? en ningun otro pueblo se han visto mayores exemplos de valor, firmeza, magnanimidad, y aun heroismo, debido en gran parte á la crianza con penas moderadas y suaves: y es bien verdadero lo que dice Livio en el *lib.* 1. *cap.* 28. de su historia, que ninguna nacion tuvo leyes mas suaves, que la romana, con ocasion de referir el horrible suplicio, con que á Mecio Fufecio por el crimen de perfidia se le mandó atar á dos carrozas, y despedazar su cuerpo, haciendo correr los caballos hácia términos opuestos: añade allí mismo, que los romanos volviéron ó apartáron los ojos de un espectáculo tan feo é inhumano, y que éste fué el primero y último exemplo de este suplicio.

*se exâspera mas que no se corrige el ánimo de los hombres.*

15 Puede considerarse octavo inconveniente de la crueldad de las penas el que ella mas sirve para exâsperar los ánimos, que para corregirlos, que ha de ser el fin principal de las leyes en esta materia: ella hace interesar á los espectadores contra la misma justicia y á favor de los delinqüentes, sin excitar horror del delito, por ocuparse del todo los ánimos con la compasion del delinqüente, que ha de ser siempre tanto mayor, quanto mas cruel fuere la pena, con que se atormenta al reo. Las penas bien puestas deben excitar horror del delito y odio del delinqüente.

*se pone en peligro la vida espiritual de los reos.*

16 Las leyes inhumanas con su modo de proceder contra los reos justifican lo que condenan con sus preceptos. El prolongar la muerte con la lentitud de suplicio, ó por medio de exquisitos ó bárbaros modos, que ha inventado la crueldad y preocupacion, á mas de quitar inhumanamente

la vida corporal de un modo, que hace estremecer á la humanidad, quita igualmente, en quanto está de parte de los que influyen en este género de suplicios, la vida espiritual; y extiende mas allá de sus límites la jurisdiccion con perjuicios irreparables, cuya consideracion horroriza.

*Necesidad de la moderacion de penas con distincion de genio, carácter y religion de los súbditos.*

17 De todo lo dicho es preciso concluir, que las penas no han de ser crueles, sino moderadas, distinguiendo climas, genio y carácter de súbditos: y en donde domina la religion católica por la conformidad de sus preceptos con la ley natural y con las leyes civiles de obediencia y sujecion á las supremas potestades, pueden ser mas suaves que en otras partes, como es manifiesto, y lo convence la experiencia. Debe en esta parte tenerse muy presente todo lo que se ha dicho al hablar de las leyes: debe contarse con que los hombres no son ángeles, y que la naturaleza dañada con el pecado original inclinará siempre á vicios, siendo irremediables algunos desórdenes, y necesario, segun la expresion de la sagrada escritura en el *cap.* 18. *vers.* 7. de San Matheo, que haya escándalos. Estos se han de castigar siempre, que los hubiere, para impedir los otros infinitos, que ocasionaría la impunidad: pero no se ha de pensar, ni aspirar á formar la legislacion criminal en términos, como parece, que pretenden algunos, que con la atrocidad de penas no se cometa ningun delito. Por muchas barreras, que se pongan, las romperá la malicia humana.

*Convence lo mismo el fin de las penas, y qual sea este.*

18 Lo dicho se entenderá todavía mejor, explicando luego los fines, que se indican en la definicion de la pena, que son la reparacion del daño tanto público como particular: incluye el primero el escarmiento y la enmienda: y esto mismo nos

da luz, para entender un poco, qual, y como deba ser la proporcion entre la pena y el delito, punto de gravísima dificultad, de que se hablará despues. La reparacion del daño público debe ser el fin principal de toda pena: la salud de la república ha de ser la primera y suprema ley: el daño, que causa el homicida y el sedicioso, desconcertando el órden y la hârmonía de la república con un escándalo y mal exemplo, capaz de seducir y perturbarlo todo, debe ser reparado con un acto, que infunda tanto respeto, subordinacion á las leyes y amor al sosiego y tranquilidad pública, quanto es lo que alteran los indicados delitos: y este acto no puede ser otro, que la execucion de la pena establecida, para que los otros teman, y no se atrevan á hacer semejantes excesos, segun la expresion del Deuteronomio en el *cap. 19. vers. 20.*: *ut caeteri timorem habeant, et nequaquam talia audeant facere*: si á algun particular con la maldad, que ha de castigarse, se le hubiere causado directamente algun daño ó perjuicio, como en un hurto, tambien es justo, que se le indemnice con la misma pena: ésta, aunque tenga por objeto principal la reparacion del daño público, no puede, ni debe en dicho caso prescindir de el de los particulares.

19 La correccion es otro fin, que no debe olvidarse en la aplicacion de las penas. Si hablamos de la correccion con respecto al solo delinqüente puede y debe tener lugar en todas las penas, ménos en las capitales, como es manifiesto: y con alusion á esto la pena de golpes con varas se dice elegantemente por el jurisconsulto Calistrato en la *ley 7. Dig. de Poen. fustium admonitio.* Si se trata de la correccion de otros queda esta comprehendida en el escarmiento, que contiene á los buenos, para

que no sean malos, y á los malos, para que no sean peores.

20 Por los fines explicados de las penas es tambien evidente, que no debe admitirse la de talion, con la qual parece, que entre los judios, griegos y romanos se obligaba al delinqüente á sufrir el mismo daño, que hubiese causado en el agraviado. El Sr. Lardizabal en el *cap.* 5. §. 1. *de su Discurso sobre las penas* dice bien, que, si se escudriña el origen de esta pena, se halla no ser otro, que el vehemente deseo de la venganza, en que arde un hombre ofendido, de reducir al que le ofendió al mismo estado, en que él se halla, no pudiendo sufrir el verse en una situacion mas infelíz: dice tambien, que el hallarse autorizada esta pena en la legislacion de los judíos fué por una de las miras de condescendencia, con que Dios trató á aquel pueblo duro y obstinado, quando sea cierto, que se estilase entre ellos la pena de talion entendiéndola en el sentido comun de las gentes: pues cita á Coccei y á otros escritores, cuyo dictámen sobre el talion de los judíos se reduce, á que, aunque los saduceos le entendian en sentido material, otros judíos le interpretaban mas benignamente diciendo, que el que habia causado algun daño debia pagar quanto pagaría por redimir la pérdida del ojo, por exemplo, si se viese en la precision de perderle, ó de redimirle con dinero. Sea de esto lo que fuere la pena del talion, entendida en el sentido comun y vulgar, que se ha explicado ántes, ademís de nacer de un principio de deseo de venganza, ó de poderle dar cebo y nutrimento, sería embarazosa en la execucion; multiplicaría los males de la república sin necesidad; castigaría muchas veces mas de lo que corresponde al delinqüen-

*No es justa la del talion.*

te, y algunas ménos contra el fin de las penas, de que hablamos: y sería imposible su práctica en los delitos contra el sexto precepto del decálogo.

## SECCION IIII.

### *De la proporcion de las penas con los delitos.*

## ARTÍCULO I.

### *De la proporcion de las penas con los delitos en general.*

*Varias opiniones sobre la proporcion de la pena con el delito.*

1 Se dixo en la definicion, que la pena es un castigo *proporcionado*: esta palabra encierra mucho: y de la inteligencia y explicacion de ella depende casi todo el conocimiento de esta materia: por esto voy á desenvolver del mejòr modo, que alcance mi cortedad, todo lo que incluye la proporcion ó analogía de las penas con los delitos. A algunos les ha parecido muy plausible para lograrla la pena del talion: pero queda ya advertido lo que hay que decir sobre esto. Estoy en que, siguiendo el mismo hilo, que tomé al hablar de los delitos, podrémos desenredarnos de esta embarazosa materia, en que no es fácil reducirlo todo á pocas reglas ó principios, como se puede ver en los autores, que tratan de ella, sentando unos, que el daño causado á la sociedad es lo que principalmente ha de considerarse para la pena, otros que la libertad, el conocimiento, la edad, el sexô, la clase, y otras circunstancias semejantes, intrínsecas ó extrínsecas, que en realidad deben influir mucho en la imposicion de penas: pero la dificultad está en tratar con órden esto mismo, y de modo, que sentados los

principios, y advertidas las conseqüencias, que de ellos se sacan, quede el asunto con alguna claridad y regla general, que guie en él.

*Regla con que debe hallarse, desechada la sentencia de Zenon.*

2 Un solo principio, que mas parece axîoma, y evidencia matemática, que regla de otra facultad, parece que puede servir en toda esta materia, esto es que la pena debe ser tanto mayor ó menor quanto mayor ó menor fuere el delito y la sensibilidad del delinqüente. Zenon defendió, que todos los delitos eran iguales, y que tanto delinquia el que sin necesidad matase á un gallo, como el que ahogase á su propio padre: sentencia reprobada por los otros filósofos mas templados y moderados con los preceptos de Platon y de Aristóteles, y ridiculizada con otros estoicísmos con mucha sal y donayre por Cicerón en el *c.* 29. 30. *y* 31. de la *Oracion pro L. Murena.*

*Explicacion de dicha sentencia.*

3 Desechamos pues esta opinion, contraria á la moral christiana y á la doctrina de los filósofos mas aplaudidos, bien que para el efecto del derecho público en la imposicion de penas nunca pudiera embarazarnos mucho: porque por lo que toca al punto de penas no es en su fondo, ó bien exâminada, tan extravagante como á primera vista se presenta, segun se puede entender del mismo Cicerón en la *paradoxa* 3.: en ésta da al mismo estoicísmo, que impugnó protegiendo á Murena, todo el lustre y esplendor, que se puede: allí se vé, que, aunque para los discípulos de Zenon fuese igual delito el homicidio de un esclavo que el parricidio, con todo éste comprehendia muchos delitos, por quitar la vida al que engendró, al que alimentó, al que enseñó, al que dió colocacion en su casa y en la república, al paso que en el homicidio del esclavo no caben estos delitos, y solo puede consi-

N 2

derarse uno. Explicada de este modo la sentencia de los estóicos la discrepancia puede ser no mas que de palabras, por lo ménos para el efecto, de que tratamos, de ninguna substancia y realidad: porque importa poco, que digamos ser el parricidio delito mayor, que el simple homicidio, ó que comprehende aquel muchos delitos no incluyendo el otro mas que uno: de qualquier modo de estos dos, que se explique, siempre corresponderá pena mayor al parricida, que al simple homicida.

*Siendo desiguales los delitos deben tambien serlo las penas.*

4 Pero, acomodándonos al modo comun de hablar de las gentes y sentir de los christianos y filósofos, sentamos que son desiguales los delitos, excediendo unos en gravedad y malicia á otros, y que ha de haber regla, que, como dice sábiamente Horacio en el *lib.* 1. *sátira* 3. *vers.* 117., imponga penas iguales y correspondientes á los delitos, esto es mayores á los mayores y menores á los menores:

*Adsit*
*Regula, peccatis quae poenas irroget aequas:*
*Ne scutica dignum horribili sectere flagello.*

Es tambien este uno de los preceptos sábiamente advertido por Cicerón en su *lib.* 3. *de Legibus c.* 4. *y* 20.: *Noxiae poena par esto.*

*Dos relaciones, con que debe mirarse el delito, para proporcionar la pena.*

5 Esta verdad es tan evidente, que sería abusar del tiempo preciso para otras muchas cosas, el detenerme en probarla: lo que no parece tan claro es entender quales sean mayores ó menores delitos. Para dar alguna luz en este asunto debo sentar primero, que hay delitos de distintas especies, y que los delitos deben considerarse con relacion á los de su misma especie, como un homicidio respecto de otro, ó con relacion á los de distinta especie, como el mismo homicidio respecto del hurto:

teniéndose presentes estas dos relaciones ha de suponerse, que un delito puede ser mayor respecto de otros de distinta especie, y mayor tambien respecto de otros de la misma especie: de esta suerte un homicidio del todo libre y voluntario es mayor, que otro homicidio cometido en riña, y mayor tambien que el hurto. De la misma suerte ha de discurirse, que puede un delito ser menor con relacion á los de su especie, y mayor con relacion á los de distinta, como un homicidio cometido en riña será menor, que el absolutamente libre, y mayor que una herida, que se diere tambien en riña. Puede tambien considerarse un delito tan menor entre los de sú especie por falta de libertad ó advertencia, ó por materia leve, que se gradúe de menor aun que los de distinta especie que por su naturaleza son menores, como un homicidio en un primer movimiento podrá ser menor y mas excusable delito, que el hurto de cosa grave, ó herida ó injuria hecha á sangre fria y con toda la malicia, de que es susceptible semejante accion.

*El mayor delito debe considerarse el que altera mas el órden público.*

6 La gravedad, con que un delito se ha de juzgar mayor respecto de otro, parece que debe medirse por la regla, que puse al hablar de la alteracion del buen órden de la república, que trae consigo todo delito: pues, si éste lo es por razon de alterar el órden público, quanto mas ó menos éste se altere, tanto mayor ó menor será el delito: mas esto mismo necesita de aclararse, explicando qué delitos son los que alteran mas ó ménos el órden público. Para esto concibo, que deben distinguirse dos especies de delitos: una de los que destruyen ó dañan al estado ó á la sociedad, y otra de los que dañan á los particulares: no puede haber duda, en que mayor delito ha de ser la destruc-

cion ó daño, que se cause al todo ó á la cabeza, que el que se cause á la parte ó miembro ménos principal, y que aquel ha de alterar mucho mas que éste el órden público. De aquí es, que una conjuracion contra el estado ha de ser mucho mas atroz delito, que un homicidio; un peculado que un hurto: y del mismo modo se puede discurrir de otros. Igualmente evidente es, que, quanto mas interesante es al mismo todo ó á la parte lo que se le quita ó menoscaba, tanto mayor es el delito: y por esta razon puede suceder, que un delito, que por su naturaleza se dirige contra el todo, no sea mayor, que el que es contra la parte, si lo que en ésta se destruye ó perjudica es mucho mas interesante al público, que lo que se destruye ó perjudica en el todo. ¿Quién puede negar, que un homicidio es mucho mas grave delito, que el hurto de un peso fuerte del erario público? Este último delito es realmente contra la sociedad ó contra el todo y el otro contra la parte: pero la regla indicada debe entenderse en igualdad de circunstancias de gravedad ó levedad de materia, que no se verifica en dicho caso. De la misma regla dada debe seguirse, que serán mayores delitos los que se dirigen contra la vida del hombre, que los que son contra los miembros; los que inutilizan los miembros, que los que ofenden el honor ménos en algunas circunstancias particulares; los que ofenden el honor, que los que perjudican en los bienes temporales: y así por su naturaleza, prescindiendo de circunstancias, es mayor delito un homicidio, que una herida, una herida que una injuria, y una injuria que un hurto.

*Tres grados de malicia*

7 Por lo que toca á circunstancias, ó á la graduacion de malicia, parece que seria útil el dis-

tinguir en cada especie de delito tres grados. Los jurisconsultos, por lo que tiene mira á la obligacion de las acciones en los contratos y en los quasi contratos, distinguen tres grados de diligencia, y tres grados de culpa, que llaman *lata*, *leve* y *levísima*, como se puede ver en los comentarios de Vinnio *al* §. 6. *Inst. de Suspectis tutor.* y en muchos autores en la explicacion de la *ley* 5. §. 2. *Dig. Commod. vel cont.*: del mismo modo parece, que cómodamente pudieran distinguirse tres grados de malicia en qualquier especie de delito: el regular y natural, el de circunstancias, que notablemente le agraven, y el de circunstancias, que notablemente le disminuyan.

*pueden considerarse en el delito con relacion á los de su especie.*

8 Sentado esto parece, que el buen modo de buscar la proporcion de la pena con el delito, seria establecer la pena capital mas ignominiosa y dolorosa, entendiendo el dolorosa con la moderacion indicada en el *num.* 17. de la *sec.* 3.: pero sin perjuicio de dicha moderacion puede la pena capital hacerse mas ó ménos temible, y sensible por algun mayor dolor, por el aparato de la execucion, por el instrumento, con que se da, y por lo que se executa con el cadáver despues de muerto el reo. Así la pena de horca causa mas dolor y horror, que la de garrote, la de desquartizar el cadáver, cortar de él la cabeza ó mano para ponerla en una escarpia, quemar, esparcir al ayre las cenizas, y otras penas executadas con estas, y otras circunstancias semejantes, infunden mas temor, sin atormentar por esto al reo con peligro de su salvacion, que la sola pena de muerte sin ninguna de dichas circunstancias. Sentada quál debe ser la pena capital mas grave puede ésta aplicarse al delito mayor; luego despues á los otros delitos me-

*Puede hallarse la proporcion distinguiendo las penas y delitos mayores, y los tres grados de malicia en cada delito.*

nores de las clases inmediatas otras penas, de modo, que al paso, que va baxando el delito en clase inferior, baxe tambien la pena, correspondiendo siempre mayor al mayor delito y menor al menor. De este modo, y distinguiendo en cada clase tres penas correspondientes á los tres grados de malicia, parece, que resulta la proporcion de la pena con el delito; y la misma imposicion de penas, baxando de la capital mas severa á otras ménos fuertes en los delitos inmediatos, guia y forma insensiblemente la proporcion de penas y delitos, teniendo siempre el delinqüente, que temer mayor pena, quando fuere á cometer mayor exceso.

*Lo que debe considerarse en el delito mirado con relacion á los de su misma clase.*

9 Por lo que toca á la proporcion de los delitos, comprehendidos en una misma clase ha de considerarse, que algunas veces el delinqüente no es del todo el autor del delito, y solo influye en parte, como causa física, ó solamente moral; que faltan á veces ó en todo ó en parte los requisitos necesarios de la voluntad, libertad ó advertencia: que las circunstancias extrínsecas disminuyen ó agravan notablemente la criminalidad de la accion, debiendo qualquiera de estas cosas variar la pena, y ofreciendo motivo de dudas, sobre que se ha de discurrir ahora, en órden á si debe tener lugar la pena establecida para cada delito en su clase, que es y suele llamarse la ordinaria. Para explicar esto volveré á tomar el mismo hilo, que seguí en la explicacion de la naturaleza del delito.

## ARTÍCULO II.

*De la proporcion de las penas y delitos, distinguiéndose las causas físicas y morales de las acciones.*

1 Del que hubiere sido causa física y principal del delito en el modo explicado en la *sec.* 2. *cap.* 2. hay poco que decir, sino que bien manifiesto és, que le corresponde toda la pena impuesta por ley al delito segun su clase, á excepcion, de que por motivo de alguna falta en la voluntad, libertad, ó advertencia, ó de las circunstancias extrínsecas deba hacerse alguna variacion de lo que se hablará despues.

*A los que han sido causa del delito les corresponde toda la pena.*

2 La mayor dificultad es en los que concurren, como causa instrumental ó ministerial al delito, los quales ya dixe, que se consideran reos, trayendo varios exemplos, como de los que tienen arrimada la escalera al ladron, los que le suministran instrumentos para franquear puertas, los que dan veneno para matar á otro, ó dinero con el dañado fin de dar impulso al homicidio. Quando se trata de las causas ministeriales ó de reos, que sirven de instrumento ó facilitan el delito concurriendo inmediatamente á la execucion en los casos referidos y otros semejantes, como apénas hay diferencia, ni en la malicia, ni en èl desórden, que causan, obrando casi todo, y lo mismo el auxîliante en la execucion, que el reo principal, se suele en todas partes aplicar la misma pena, como corresponde por derecho romano y de Partidas segun las leyes en dicha *seccion* citadas, conviene á saber la 7. *Dig. Ad leg. pompei. de parric.*, la 1. §. 1. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, la 1. §. *fin. Dig. de Ex-*

*Lo mismo á los que son causas instrumentales concurriendo inmediatamente á la execucion.*

*traord. crimin.*, la 4. *tit.* 14. *part.* 4., la 12. *tit.* 8. *part.* 7.

*Sino concurren de dicho modo les corresponde menor pena.*

3 Si se trata de reos ó cómplices, que no concurren inmediatamente á la execucion, pide la utilidad publica, como dice el Sr. Lardizabal *Discurso sobre las penas cap.* 4. §. 2. *num.* 32., que se les castigue con ménos severidad: la razon, que da dicho autor, es porque se dificulta mas la execucion aumentando el peligro al próximo executor: tambien puede hacerse valer para lo mismo la razon, de que los que no concurren inmediatamente á la execucion no son autores del delito principal, sino solamente de otro delito, esto es de corromper el ánimo del que le ha de cometer con la oportunidad y facilidad del instrumento ó medio, que le presentan: y este delito no altera tanto como el otro el buen órden de la república, porque el reo del principal delito pudiera y debiera, á pesar de proporcionársele la execucion, no cometerle.

*De la pena de receptadores y encubridores por derecho de Castilla.*

4 En la *sec.* 2. *cap.* 2. tambien conté entre las causas ministeriales á los receptadores y encubridores de delitos, de los quales trata el Sr. Lardizabal *ib. num.* 40. *y* 41. y de modo, que, á no ser en algun caso raro por la complicacion de circunstancias, le parece, que no debe aplicarse la pena tan severa, como á los que executan el delito: de los encubridores y receptadores de hurtos lisa y llanamente dice en el *num.* 41., que no deben ser castigados por regla general con la misma pena, que el ladron. *El que recibe el robo*, dice, *puede recibirle inocentemente en muchas ocasiones; el que roba siempre es culpable: el uno impide la conviccion del delito ya cometido; el otro comete el delito: el ladron necesita de vencer mas obstáculos para hacer el*

*hurto, que el receptador para encubrirle, lo que supone mas depravacion y malicia en uno que en otro.* Pero, añade, *las circunstancias pueden hacer, que el receptador sea tan culpable, como el mismo ladron, y por consiguiente acreedor á la misma pena.* El mismo autor *ib. n.* 40. dice, que debe moderarse la regla de la *ley* 19. *tit.* 34. *part.* 7. que dice: *á los malhechores, é á los consejadores, é á los encobridores debe ser dada pena igual.* En esto, como en otras muchas cosas estan conformes las leyes de Partidas con el derecho romano: pues segun la *ley* 1. *y* 2. *Dig. de Receptator.*, la 3. §. 3. *Dig. de Incen. ruin. naufr.*, la 1. *Cod. de His qui latron. vel alt. crim.*, la 54. *Cod. de Episc. et cler.* tienen los encubridores la misma pena, que los reos principales. Con todo Pradilla en un tratado de las leyes penales de Castilla *part.* 2. *cas.* 28. *num.* 1. *hasta el* 5. dice, que el encubridor del delito comunmente tiene menor pena á excepcion de quando se trata de hurto: cita leyes y autores.

*De lo mismo por derecho de Cataluña.*

5. En Cataluña contra los fautores, receptadores y auxîliadores de bandidos se procedia antiguamente con mucha severidad, declarándoseles bandidos, y dándose impunidad para ofenderles sin podérseles dar favor ni auxîlio. La *const.* 1. *de Fautoría* quiso moderar este rigor, y mandó, que para procederse contra los referidos fuese necesario amonestarles con edictos públicos, que desistiesen de receptar ó favorecer: mas esto debe entenderse para el efecto de declarárseles bandidos, y no para el de aplicar otras penas correspondientes. Así ha de entenderse dicha constitucion: en ella solo se quiso corregir el rigor en quanto al modo de proceder contra bandidos: de otra suerte se seguiria el absurdo, de que los re-

ceptadores no avisados no tendrian pena. En el *cap.* 4. de un edicto de 21 de octubre de 1716 de nuestra Audiencia, en que se advierten diferentes penas con relacion á las constituciones de Cataluña, como establecidas de nuevo con el decreto de la Nueva Planta del Sr. D. Felipe V., y á varias pragmáticas, órdenes y pregones publicados, se manda, que el que se atreva á recoger, dar consejo, favor ó ayuda á los foragidos, publicados por enemigos de S. M., ladrones públicos ó personas facinerosas, teniendo ciencia de que lo son, incurran, si gozan de privilegio ó de hidalguía, en la pena de deportacion á una fortaleza ó presidio de los de S. M. por mas ó ménos tiempo á arbitrio del juez con la facultad de agravarla hasta muerte natural segun las circunstancias, y siendo plebeyo la misma pena con reclusion en galeras en lugar del presidio. Peguera en el *tom.* 1. *Decision. cap.* 25. dice en general, que á los receptadores se les aplica la misma pena, que á los reos. En la *decision* 40. de Calderó hallo, que el auxîliador, quando dió causa al delito con un acto próxîmo, cooperando á él, tiene la misma pena que el reo principal, pero no quando solo auxilió despues del delito: en este caso dice, que tiene la pena extraordinaria.

*De lo mismo por derecho general en quanto á militares.*

6 En quanto á militares en el *art.* 66. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se lee lo siguiente: *el que fuere convencido de haber abrigado ó favorecido con auxîlio cooperativo al efecto la execucion de un delito, será castigado con la pena, que á la calidad del crímen corresponda.*

*Casos en que puede mitigarse la pena*

7 Lo que casi no necesita de advertencia es, que el receptar ha de ser con dolo y malicia, como se previene en la *ley* 3. §. 3. *Dig. de Incend. ruin.*

*et naufr.*: de esto se sigue lo que dice el Sr. Lardizabal *Discurso sobre penas cap.* 4. §. 2. *núm.* 40., que, quando el receptador tuviere alguna conexîon de parentesco con el delinqüente, debe disminuírsele la pena, y tal vez remitirsele segun las circunstancias: porque en este caso debe creerse, que no se encubrió el reo por malicia, requisito necesario para cometer delito, sino vencido el que oculta del amor y afecto. Está este modo de opinar expresamente aprobado en la *ley* 2. *Dig. de Receptator.*: y lo propio debe decirse del que por ignorancia, compasion ú otro motivo semejante hubiere ocultado algun reo, *ley* 5. *Dig. de Servo corrupto.* *á los receptadores.*

8 De todo lo dicho parece debe concluirse, que por lo comun los auxîliadores y receptadores, que como causas instrumentales y ministeriales concurren á delitos, no han de ser castigados con penas tan severas, como los principales autores de ellos, á excepcion de los que cooperan á la inmediata execucion principalmente en los delitos atroces, debiéndonos guiar los exemplos y las leyes citadas para la aplicacion de penas, que corresponden por nuestro derecho patrio con la luz del romano. Esto es en general: por lo que tiene relacion á delitos determinados ya se notará, si hay alguna ley particular que advertir, al hablar de cada uno de ellos. *Conclusion de lo dicho en quanto á receptadores.*

9 Otras dificultades muy semejantes á la de que acabo de tratar se suscitan en órden á los que concurren, como causas morales cooperando con su voluntad, sin obrar con el cuerpo y miembros en la execucion del delito: estos son muchos, como dixe en su lugar, y los iré siguiendo segun el órden con que los puse, hablando primero del mandamiento. *Otras dificultades en quanto á los que son causas morales de delito.*

10 Aunque en cierto modo puede decirse, como *Pena corres-*

*pondiente al que manda cometer un delito.*

se significó al hablar del auxîliante, que pueden en el caso de haberse mandado á alguno, que cometa un delito, considerarse dos diferentes, el uno del que pervierte el ánimo del sugeto, á quien se manda; y el otro del que pervertido comete el delito, que es el reo principal y que pudiera y debiera no cometer la maldad, con todo la execucion del atentado y segundo delito es efecto, resulta y conseqüencia del primero, de que ha de ser responsable el que le mandó hacer á otro, aunque él no le hiciese con sus propias manos. Esto prueban todas las leyes indicadas al hablar en el *cap.* 2. de que el que manda es causa moral de lo que se executa: lo prueba la razon natural, en que ellas se fundan, debiendo tener tanto mas lugar en el que manda, que en los otros, que como causas morales concurren á un delito, quanto mas estrecha y precisa el mandamiento que las otras causas. ¿Si aun en el mandato, por lo que se pervierte con él el ánimo del mandatario, y por el impulso, que con él se da para cometer el delito, debe padecer el mandante la pena principal, que corresponde al delito, como se verá luego, con quánta mas razon ha de sufrirla el que da órden ó mandamiento? la *ley* 20. *tit.* 34. *part.* 7. dice: *Aquel face el daño, que lo manda facer*: de las muertes de Urías, Naboth, y Ammon, como ya se dixo en su propio lugar, hablan las sagradas escrituras, como cometidas y hechas propiamente por los que las mandáron hacer. Por otra parte hay el principio generalmente establecido, de que al que hace una cosa ilícita se le imputan las resultas y conseqüencias de ella, especialmente quando podia y debia preverlas, como se dixo ya de Calderó en la *dec.* 64. *n.* 1. *hasta el* 29.: y aunque este principio no tenga en todos

los casos su fuerza, como ya se indicó, para la pena ordinaria del delito, es justo que la tenga en este y otros casos, en que se halla unido con otras razones poderosas.

*De lo mismo en quanto al que le executa.*

11 Por la misma razon de que entre todos los que moralmente concurren á cometer un delito nadie parece mas acreedor á la pena, que el que manda á un súbdito ó dependiente suyo, parece que debe rebaxarse un poco la del que executa el delito mandado, ó ya se hable de un hijo respecto de su padre, ó de un pupilo respecto del tutor, que hace las veces de padre, de un criado respecto de su amo, del esclavo respecto de su dueño, de un ministro inferior de justicia respecto de su magistrado, ó de qualquiera dependiente respecto de su xefe: el jurisconsulto en la *ley* 4. *Dig. de Reg. iur.* dice, que no se cree, que quiera ó tenga voluntad de hacer alguna cosa el que la hace obedeciendo el mandato de su padre ó de su señor: está conforme con esta ley *la* 9. *tit.* 34. *part.* 7. La razon de estas leyes es general en todos, y debe obrar y valer, para ser tanto ménos voluntaria la accion, quanto mas fuerte y estrecha es la dependencia, obediencia y el respeto, que se tiene al que manda: pues, aunque es evidente, que la obediencia y respeto deben tener sus límites, y que nadie puede con dicho título propasarse á cometer una maldad, parece que el que por obedecer la hiciere, es digno de mirarse con alguna indulgencia, especialmente en los delitos, que no son atroces, y en que por no serlo puede disculparse mas el hombre en la execucion de lo que se le manda. Por esto dice el jurisconsulto en la *ley* 157. *Dig. de Reg. iur.*, que quando no hay atrocidad de delito se perdona á los esclavos, si han hecho alguna cosa, que

no debian, por habérselo mandado sus señores, ó los que hicieren veces de tales, como tutores y curadores: y aun por lo que toca á los delitos de violencia, á que correspondia pena de muerte, dice la *ley* 8. *Cod. Ad leg. iul. de vi pub. et priv.*, que se les mitiga, condenándose á trabajos públicos ó á minas al esclavo, que debiera morir. En algunos casos, como en el de matar el marido á la muger sorprendida en adulterio, parece que los romanos perdonaban del todo á los esclavos, si no se hubiesen resistido á su señor, como debieran hacerlo para impedir un homicidio, *ley* 3. §. 3. *Dig. Ad sen. cons. syl.*

*De lo mismo en quanto al mandante y al mandatario.*

12 Por las razones expresadas en el *n.* 8. no debe embarazarnos la distincion de los dos delitos, el uno de pervertir el ánimo, y el otro de executar la accion, para dexar de aplicar la pena correspondiente al mandante, aunque la execute el mandatario. Por lo dicho en el *cap.* 2. parece, que ha de tener en este caso lugar la pena ordinaria en el mandante. En la *ley* 7. §. 5. *de Iurisdict.*, hablándose determinadamente de mandato, se pone igual pena al mandante que al mandatario. Por otra parte hay lo dicho poco ha de imputarse las conseqüencias á los que hacen cosas ilícitas. Esta opinion, que parece ser la comun, está recibida en Cataluña, como puede verse en Cortiada en la *decis.* 95. *num.* 32. con exemplares, de haberse condenado á muerte tanto al mandante como al mandatario en asesinatos. El Sr. Lardizabal en el *Disc. sobre penas* c. 4. §. 2. *n.* 8. parece que abraza la misma opinion.

*Del exceso del mandatario es responsable el mandante y cómo.*

13 Por la razon, poco ántes dada de imputarse las conseqüencias, puede defenderse lo que dice el Sr. Lardizabal *ibid. num.* 9., que si el mandatario se hubiere excedido matando quando solamente se le hubiese dado mandato para herir, debe im-

putársele la muerte al mandante, porque no solo debia saber, que el mandatario podia exceder fácilmente los términos del mandato, sino que expresamente le exponia á ello, encargándole por otra parte una cosa ilícita. Cortiada en la *decis.* 101. *num.* 39. y Calderó en *la* 64. *num.* 14. son tambien de parecer, de que se imputa en este caso el homicidio para la pena ordinaria.

*La revocacion del mandato diminuye la pena del mandante.*

14 Lo que no debe pasarse por alto es lo que tambien advierte el Sr. Lardizabal *ibid.*, que si el mandante revocare con tiempo el mandato, y no obstante esto le pusiere en execucion el mandatario, entónces solo á éste se le deberá imputar el delito, porque ya no se puede dudar, que el mandante no es causa de él. Sin embargo advierte, que algunos autores, y á su parecer con razon, dicen que el mandante debe en dicho caso ser castigado con alguna pena extraordinaria, por haber pervertido el ánimo del mandatario, y por el peligro, que traen consigo semejantes mandatos, aunque despues se revoquen. Esto parece evidente y conseqüencia de lo indicado, que el mandante propiamente solo es reo de pervertir el ánimo de otro, para que haga el delito. En el mandatario no milita la razon de obediencia y dependencia, que hemos dicho, que en caso de mandamiento ú órden puede minorar la pena: corresponde por consiguiente la ordinaria tanto al mandatario como al mandante.

*De la pena correspondiente en caso de asesinato.*

15 Todo lo dicho del mandato en quanto á cargar con toda la pena á mandante y mandatario debe aplicarse al caso, en que por paga ó precio se executa la muerte, como parece de todas las razones y textos citados: en este caso aun hay mas razon, porque el dinero ó la paga da para come-

ter el delito mas impulso del que puede dar el simple mandato: y el asesino tiene mas presuncion contra sí de hacerlo voluntariamente por el interes.

*De la pena correspondiente á la ratihabicion del delito.*

16 Sobre la ratihabicion y consejo no se ofrece cosa particular, que decir, sino el referirme á lo dicho en el *c.* 2. *s.* 2., y que en la *ley* 19. *t.* 34. *part.* 7. con insinuacion de las leyes romanas, citadas en dicho capítulo, se lee: *E dixéron aun* (los sabios) *que á los mal fechores é á los consejadores, é á los encubridores debe ser dada igual pena.*

*De lo mismo en quanto á los que no impiden el delito.*

17 En quanto á los que pudiendo no impiden algun delito me remito tambien á lo dicho en el *cap.* 2., en donde indiqué, que la pena correspondiente á los que no impiden el delito debe ser arbitraria. Matheu en el lugar allí citado *cap.* 1. *numer.* 15. *y* 16. no parece, que hable de pena arbitraria, sino de la que por ley correspondiera al delito: y en realidad en algunos casos determinados aplican la misma pena algunas leyes. El Señor Lardizabal bien claramente viene á poner en el *cap.* 4. §. 2. *Discurs. sobre pen. num.* 44. la arbitraria, diciendo, que el que no impide el delito en los casos indicados ha de ser comprehendido proporcionalmente en la pena. Esta pena arbitraria parece tambien autorizada en el *art.* 66. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* disponiéndose allí, que el militar, que no embarace algun delito pudiéndolo hacer, sufrirá la mortificacion de que fuere digno. De Calderó en la *decis.* 10. *num.* 46. 47. parece, que en Cataluña en el caso, de que aquí se trata, tampoco tiene lugar la pena ordinaria debiéndose aplicar la extraordinaria.

*De lo mismo en quanto á los que no dan*

18 El no dar noticia á la justicia del delito es no impedirle en algun modo y grave delito, especialmente en los de lesa magestad. En la *Curia*

*Fil. lib. 3. del Comer. nav. cap. 6. num.* 5. se dice, que el que no revelá el delito, quando se trata de los atroces, tiene la misma pena que el reo. Esto se ha de entender en los delitos, en que determinadamente esté impuesta esta pena, como se verá en algunos: en general sería esto muchísimo rigor, aunque es cierto, que el que no dá dicha noticia merece una pena extraordinaria y fuerte, especialmente si con la noticia podia haberse impedido la consumacion del delito, ó prendido el reo. En el *cap.* 15. del edicto arriba citado de nuestra Audiencia de 21. de octubre de 1716. se dice, que el que no denuncia hurto ó delito cometido contra él tiene pena de sesenta dias de carcel, mayor ó menor segun las circunstancias del caso. *noticia de él.*

19 Hasta ahora he hablado en general de los que concurren á un delito con distincion de los diversos modos, con que pueden los hombres cooperar á él, ó física ó solo moralmente, explicando las penas, que generalmente hallo corresponder á unos y á otros. Ahora es menester, que sin dexar el hilo, que tomé al tratar de la definicion, pase á hablar del modo, con que alguna falta de voluntad, libertad ó advertencia, ó alguna de las circunstancias extrínsecas al delito, puede hacer variar la pena, que corresponda al que ha sido causa física ó moral de él: pues hasta ahora se ha hablado en suposicion de plena voluntad, libertad y advertencia para mandar, encargar, ratificar, aconsejar, no impedir y no dar noticia del delito.

*Todo lo dicho se entiende concurriendo voluntad, libertad y advertencia.*

## ARTÍCULO III.

*De la proporcion de las penas y delitos con relacion á la voluntad, libertad y advertencia.*

*De dicha proporcion en quanto á mentecatos, pródigos, mudos y sordos.*

1 Por lo que toca á defectos de libertad ó voluntad libre ya dixe en el *cap.* 2., que por los excesos cometidos por mentecatos no debe aplicarse pena: y en órden á pródigos mudos y sordos de nacimiento no ocurre cosa que añadir.

*De lo mismo en quanto á furiosos.*

2 En quanto á los furiosos tambien me remito á lo dicho, que no corresponde aplicarles pena ordinaria, aunque tengan lucidos intervalos. Por lo que respeta á los delitos cometidos ántes de caer el hombre en furor, algunos dicen, como se puede ver en Amigánt *decis.* 17. *num.* 23., que puede aplicarse castigo: pero advierte, que no tratándose de atrocidad de delito se ha de seguir la opinion negativa. En el *Discurs. sobre penas cap.* 4. §. 2. *numer.* 16. del Sr. Lardizabal se lee lo siguiente: *aunque algunos autores dicen, que en este caso debe ser castigado á lo ménos con pena extraordinaria* (el que ha enloquecido despues de haber cometido un delito.) *no hay ciertamente razon ninguna sólida, en que pueda fundarse esta opinion: además de que cesan todos los fines, que deben proponerse en la imposicion de las penas: pues un loco es incapaz de correccion, y su impunidad no puede causar mal exemplo, ni dar motivo, á que otro sea malo, á ménos, que no espere tambien volverse loco despues de cometido el delito. La única pena, que se le puede imponer, es encerrarle, para que no haga otro daño.*

*De lo mismo*

3 Todo quanto pertenece á la pena correspon-

diente á los que tomados del vino cometen algun delito queda dicho en el *cap. 2. sec. 3.*

*en quanto á borrachos.*

4 Si se tiene bien presente lo que dixe al hablar de la advertencia será bien claro por todas las razones allí expuestas, que quando por alguna casualidad, como la del cazador, á quien en el punto mismo de disparar se levanta ó presenta inopinadamente algun hombre en el lugar, á donde dirigía el tiro, no hay por faltar del todo la advertencia delito ninguno: por consiguiente no debe aplicársele ninguna pena sino extraordinaria en caso, que se hubiere causado algun daño con ocasion de hacer alguna cosa por otra parte ilícita y en el de que podia preverse, que se seguiría la desgracia y perjuicio, atemperándose con proporcion la pena al daño causado, y á la prevision, que podia tenerse.

*De lo mismo en quanto al caso fortuito, con que se comete el delito.*

5 Otro lance mas apretado puede suceder, y ha sucedido algunas veces, faltando por error la advertencia en esta materia, quando la hay en realidad de que el delinqüente vá á cometer el delito contra uno, y cabalmente por casualidad recae el golpe en otro, como si Pablo queriendo matar á Pedro mata á Juan. Todos los autores estan de acuerdo, en que para haber delito y pena debe concurrir el dañado intento en cometerle y la realidad de la execucion: y aun en providencias y disposiciones de cosas, que no llegan á ser delitos, sino que en general fundan alguna sospecha de mala fé, como en las enagenaciones, que se hacen en fraude de los acreedores, para revocarlas, ó tener efecto lo que acerca de ellas disponen las leyes, es necesario el intento de defraudar á alguno, y la realidad, de que verdaderamente aquel quede defraudado: así consta de todo el título del

*De lo mismo en quanto al que pensando matar á Pedro mata á Juan.*

Digesto *Quae in fraudem creditorum* y de los intérpretes. Mas dicen, que no falta uno y otro en el caso referido: porque por una parte ya se halla el malvado designio de matar á un hombre y por otra el suceso ó la realidad del homicidio: y por otra parte importa poco, que no se reunan ó no recaygan en una misma persona el intento y la execucion.

6 En esto parece que están encontrados los autores, y no del todo conformes las leyes romanas al tratar de esclavo muerto por lo que toca á los efectos de la ley Aquilia, y de la injuria, como se puede ver en la *ley* 45. §. 2. *Dig. Ad leg. aquil.*, en la 3. §. 4. la 4., la 18. §. 3. *Dig. de Iniur.* y en otras, sobre cuya conciliacion ó inteligencia no es preciso detenerme.

*en Cataluña se suele aplicar la pena extraordinaria.*

7 De Calderó en la *decis.* 64. y de Cortiada en la 93. *num.* 39. al fin y de otros autores nuestros parece, que en dicho caso, y en el de haberse dado mandato para matar á Pedro y haberse muerto á Juan, no se aplica la pena ordinaria del delito, sino la extraordinaria con proporcion á la accion y circunstancias de ella y de las personas.

*dicha pena parece ser la correspondiente.*

8 Esta sentencia, no habiendo ley expresa, que determine para dicho caso la pena ordinaria, parece mas jurídica y filosófica: lo primero, porque en caso de duda, como la hay, y la prueban las razones, que dan por una parte y otra los autores, siempre debemos seguir la opinion mas favorable y benigna: lo segundo, porque, si se analiza bien el asunto, verémos, que en dicha hipótesis hay dos homicidios, el uno el premeditado y pensado por el agresor y el otro el acontecido: el primero fué ciertamente voluntario, pero careció de efecto: en qual caso no se aplica la pena ordi-

naria : el segundo tuvo efecto en realidad , pero fué casual , que tampoco tiene pena ordinaria. Que el primer delito , ó el haber querido matar á Pedro , sin haberlo hecho en realidad , no merece pena de muerte , parece evidente , porque en los delitos solo ó principalmente se atienden los efectos y no los designios de cometerlos : que el segundo tampoco merece pena de muerte parecerá tanto mas claro , quanto mas apartada supongamos la voluntad del delinqüente en haber querido matar al que pereció. Supóngase el caso de Edipo, que mató á su padre pensando matar á otro. ¿No pareceria duro en un caso como este condenar á pena capital á un reo , por haber muerto á una persona, por la qual el mismo matador hubiera tal vez dado de buena gana ó arriesgado su vida? ¿pues si en este lance no sería del caso la pena de muerte por suponer la voluntad , ó advertencia del agresor en extremo apartada del objeto , en que cayó por casualidad el golpe , tampoco debe tener lugar recayendo en otra persona? porque, aunque entónces no debe suponerse tan desviada la voluntad , siempre la hemos de presumir contraria y casual , como realmente lo es.

9 Por otra parte cabe la réplica de que no puede parecer irregular , que , reuniéndose dos homicidios culpables , se aplique la pena de uno , y que ésta sea la ordinaria de un homicidio voluntario. Este caso , aunque no se ofrece muchas veces , parece que necesita de alguna declaracion real. *Dicho caso parece necesitar de declaracion.*

10 En quanto á defecto de advertencia por ignorancia invencible no queda que advertir sobre lo dicho en el *cap. 2. sec. 3.* *De la ignorancia invencible.*

11 En órden á las pasiones ya vimos en dicha *sec. 3. cap. 2.*, que del todo ó en parte quitan la *Por la fuerza de las pasio-*

*nes debe en algunos casos disminuirse la pena.*

advertencia, y que rarísima vez se verifican aquellos primeros movimientos, que del todo la quitan para los efectos del derecho público. En realidad el Sr. Lardizabal *Disc. sob. las pen. cap.* 4. §. 2. *num.* 11., hablando de dichos movimientos, se contenta con decir, que han de castigarse con menos severidad, que quando se hacen á sangre fria, suponiendo allí mismo, que nunca destruyen del todo la libertad ó advertencia, y afirmando que precipitan casi involuntariamente al mal. Con todo en los casos, que indiqué del marido, y otros, aunque rarísimos, que pueden suceder semejantes á aquellos, parece que deben presumirse los hombres sin ninguna advertencia, ó por lo ménos tan disminuida, que no sólo deben castigarse con ménos severidad, que los que á sangre fria hacen lo mismo, sino que debe ser ligerísima la pena y casi ninguna. La *ley* 5. *tit.* 2. *part.* 7. muy bien dice, que *los primeros movimientos, que mueven el corazon del ome, non son en su poder.*

12 Aun, prescindiendo de los primeros movimientos, que sin dar lugar á reflexion ni deliberaciones impelen y precipitan la voluntad, las pasiones con los otros movimientos no dexan de disminuir la advertencia, porque un hombre dominado de una pasion casi no advierte en lo que hace á impulso de ella lo que otros ven bien á sangre fria.

*especialmente en la del miedo.*

13 Una de las que mas debilitan y quitan la advertencia ó voluntad, y en quien cabe la mas favorable presuncion de haber obrado el hombre sin ella, es la del miedo, como es notorio y explicado ya en su lugar, habiendo allí mismo dicho, que por esto no destruye la libertad y advertencia. Es tambien consiguiente á lo mismo, que la

pena de un delito hecho á impulsos del miedo no debe ser la ordinaria del delito cometido con plena deliberacion y conocimiento, sino extraordinaria, mas ó ménos severa, segun fuere mayor ó menor la advertencia, y presuncion de haberse querido hacer la cosa con voluntad ó sin ella.

*en las otras con proporcion á lo que debilitan la advertencia.*

14 En las demás pasiones de ira, cólera, dolor y otras semejantes, aunque no suele ser tan vista la falta de voluntad, con todo la perfecta advertencia no tiene lugar: y estando la presuncion á favor del reo ha de ser la pena extraordinaria. Por esta razon las heridas y homicidios cometidos en riña se castigan con pena extraordinaria, como se verá despues: y las leyes romanas nos dan exemplos de tratar á los reos con alguna condescendencia en los lances indicados segun la naturaleza de los asuntos, como se puede ver en la *ley* 3. *Dig. de Divort.*, en la 4. §. *ult.* y en la 6. §. 7. *Dig. de Re milit.*

*De la proporcion de la pena con respecto á la edad por derecho romano.*

15 En quanto á la edad vimos, que por razon de ella regularmente se disminuye la advertencia, dexando aparte, quando por la niñez no hay ninguna. Segun las reglas sentadas en la infancia y edad inmediata á ella no se presume advertencia: tampoco en la edad inmediata á la pubertad, ni en la menor edad ó pubertad se supone un cabal juicio y pleno conocimiento de lo que se hace: pero no dexa algunas veces de verificarse por la anticipada malicia en alguno la advertencia, que basta para considerarle reo: y por esto, como en los delitos se ha de atender el ánimo por el dolo y malicia, y podria tener funestos efectos la impunidad, en qualquiera, en quien se verifique delito, se castiga: pero es justo, que la pena no sea la ordinaria, que por otra parte corresponde al delito

cometido con plena advertencia por un hombre de edad mayor de la de veinte y cinco años, sino una pena mediana. Así en la *ley* 37. §. 1. *Dig. de Minor.* se dice, que el juez, tratándose de menor de veinte y cinco años, puede minorar la pena: *nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam iudicem produxerit.* Esta indulgencia, y aun mayor á proporcion, no puede dexar de tener lugar en los impuberes, quando se trate en quanto á ellos de haber suplido la malicia la falta de edad, como se puede ver en Vinio al §. 18. *Inst. de Obligat. quae ex delict. nasc.*: allí mismo dice Vinio, que las leyes penales en delitos de lascivia no tienen lugar en los impuberes: cita la *ley* 36. *Dig. Ad leg. iul. de adult.* y á Gomez *Var. resolut. tom.* 3. *c.* 1. *n.* 59.

*por derecho de Castilla.*

16 El Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre las penas cap.* 4. §. 2. *num.* 17., diciendo, que en la imposicion de las penas ha de tenerse consideracion á la edad y al sexô, cita la *ley* 8. *tit.* 31. *part.* 7., en la qual se lee lo siguiente: *mas crudamente deben escarmentar... al mancebo, que al viejo nin al mozo... é, si por aventura el que oviese errado fuese menor de diez años é medio, non le deben dar ninguna pena, é si fuese mayor de esta edad é menor de diez é siete años, debenle menguar la pena, que darían á los otros mayores por tal yerro.* En la *Curia Filíp. Juicio crimin.* §. 9. *num.* 2 se dice, que el varon menor de catorce años y la hembra de doce delinquiendo en casos de luxuria no pueden ser acusados, ni castigados con pena alguna; que lo mismo se entiende en otros delitos siendo menores de diez años y medio; que siendo mayores de diez años y medio pueden ser acusados y condenados en la pena del delito, que se ha de minorar sin darles la ordinaria, sino es que tengan diez y siete años cum-

plidos, porque teniéndolos se les ha de aplicar: cita para esto varias leyes de Partidas. La 17. *tit.* 14. y la 8. *tit.* 31. *part.* 7. prueban esta doctrina: añade que el perjurio no se puede castigar en el menor de catorce años segun la *ley* 17. *tit.* 11. *part.* 3., que lo dice determinadamente.

17 Vamos ahora al derecho de Cataluña. En la *decis.* 87. de Cortiada *n.* 52. se traen tres exemplares de haberse condenado á galeras en crimen de falsa moneda á menores, excusándoles la pena de muerte: y los dos son de menores de veinte y cinco años. En la *decis.* 92. *num.* 28. hay otros dos exemplares de haberse aplicado la pena extraordinaria, la una de diez y la otra de siete años de galeras á menores de veinte y cinco años en delito de homicidio. En la *dec.* 106. *n.* 103. *hasta el* 106. se dice, que el menor se escusa de la pena ordinaria, aunque haya qualidad agravante de doméstico, fractura, hurto grande y latrocinio: y en el *num.* 108. se dice, que los menores de veinte años y mayores de diez y seis se castigan con ménos severidad: pero allí mismo hay muchos exemplos de azotes en los mismos, marca y galeras: la menor severidad consistirá en el número de años de galeras, y de otras semejantes reclusiones, y en no aplicar la pena de muerte: en el *num.* 110. se dice, que tambien se castiga con ménos severidad el de catorce años: con todo trae un exemplar allí mismo de uno, que, sin tener mas que los catorce años cumplidos, por el hurto de veinte capas y ocho sueldos fué azotado, marcado y desterrado por diez años á presidio: muy dura, ó cruel parece semejante sentencia. En el *n.* 111. *ib.* dice Cortiada, que el que no ha llegado aun á la pubertad se castiga con pena mas ligera. Calderó

*por derecho de Cataluña.*

en la *decis.* 66. trae varias sentencias contra menores, diciendo, que siempre se suele minorar la pena con la benignidad posible. En la *decision* 95. de Cortiada *numero* 35. se dice, que por la atrocidad del delito debe condenarse á pena de muerte á los menores de veinte y cinco años trayendo un exemplar. En la *decis.* 96. el mismo autor *num.* 54. *y* 55. con varios exemplares sienta, que al menor de veinte años en delitos graves y atroces, como de muerte alevosa y latrocinio, no se les suele aplicar la pena ordinaria de muerte sino la extraordinaria de galeras, y de pasarlos debaxo de la horca: *num.* 56. dice, que en parricidio y en otros delitos atrocísimos se les aplica tambien la pena de muerte. En el *num.* 57. *hasta el* 66. dice, que á los menores de veinte y cinco años y mayores de veinte no se les aplica en Cataluña en delitos atroces, como de simple homicidio, hurto, falsa deposicion, la pena ordinaria; pero que en delitos atrocísimos, como de lesa magestad, parricidio, asesinato y homicidio alevoso y premeditado no dexa de aplicarse, aunque antiguamente se acostumbraba condenarlos á la pena extraordinaria. Cita muchos defensores de la opinion, de que en donde hay abuso en cometer con mucha freqüencia los delitos referidos, se han de castigar los mayores de veinte años con pena ordinaria.

18 Por todo lo dicho la diferencia, que va, ó lo que produce la distincion de menores de veinte y cinco años á menores de veinte, es que estos aun en delitos atrocísimos, como homicidio alevoso no tienen la pena ordinaria, y aquellos siendo mayores de veinte en los mismos delitos deben sufrirla segun la práctica de Cataluña. De todo y señalada-

mente del *num.* 55, 56, *y* 57. de la citada *decis.* 96, parece, que en esta materia han de distinguirse delitos, atroces, y atrocísimos con la distincion de edad, y penas indicadas. Todo esto es general: al hablar en particular de cada delito se dará mas luz á esta materia.

## ARTÍCULO IIII.

### *De la proporcion de penas con los delitos por lo que toca á las circunstancias extrínsecas.*

1 De las circunstancias extrínsecas ya se dixo que agravan y disminuyen el delito. La qualidad de la persona, que comete el delito, debe ser motivo para agravarse la pena en los casos expresados en el *cap.* 2. *sec.* 4., y para aligerarla en el caso, que allí mismo se ha indicado, como tambien en el de delinquir los nobles. En estos por la mayor sensibilidad, que por razon de su clase, debe considerarse en ellos, y en la qual las alianzas, las conexîones y conocimientos les aviva mucho mas, que en los otros, el sentimiento de qualquier mortificacion, se les suele aligerar la pena.

*Por la qualidad de la persona se agrava ó disminuye la pena, y razones en que esto se funda.*

2 Los dos fines principales de la pena nos consta ser la correccion, y el escarmiento: quanto mayor fuere la sensibilidad del reo es cierto, que menor pena basta para contenerle á él y á todos los de su clase, que se han de escarmentar. Un desagrado del príncipe basta para matar á un hombre ilustre. Una reprehension de un magistrado, dada á un tunante, puede ser para él un objeto de burla y risa, y una severa mortificacion para un ciudadano honrado. Á un pícaro, que haya roto un farol del alumbrado, puede ponérsele en

un cepo: pero este mismo castigo seria un sonrojo insufrible en un hombre de distincion. De esto y de la economía, con que han de establecerse las penas, castigando solamente lo que es preciso, se infiere, que en un mismo delito por razon de la mayor ó menor sensibilidad del reo debe aplicarse mayor ó menor pena. Esto es tan antiguo como el mundo; y en todos tiempos y en todas las naciones cultas se ha hecho ó admitido esta distincion. Mr. Brisot, citado por el Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre penas cap.* 4. §. 2. *n.* 56., está mal hallado con esta diferencia de personas en la aplicacion de penas, cómo verémos despues, que lo está con la de los lugares y tiempos: pero con poco fundamento en uno y otro punto; pues todo quanto dice en órden al que tratamos solo prueba, que la distincion de personas no ha de ser título para la impunidad, como puede verse en el citado autor *ibid. num.* 57. y siguientes.

*Limitacion de dicha doctrina.*

3 Para lo que no debe servir la distincion de personas, es para lo que previene el mismo Sr. Lardizabal *ibid. num.* 60.; que por un mismo delito no ha de excusarse en persona distinguida la pena de muerte, que por otra parte corresponda, y mande aplicarse á un esclavo, ó persona del estado general: defecto gravísimo, en que incurre la legislacion romana, como advierte el mismo autor, castigando con pena de deportacion á las personas distinguidas en los delitos, en que se impone pena capital, si el reo es esclavo ó hombre vil, como consta de la *ley* 3. §. 5. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.* Tambien trae la *ley* 9. *tit.* 10. *part.* 7. en prueba de haber incurrido nuestras leyes antiguas en el propio defecto: la diversidad de las personas no ha de hacer variar la naturaleza de los de-

litos, ni influir tanto, que á uno se le perdone la vida, y con esta solamente deba expiarse en otro la misma culpa.

4 En el modo de aplicar la pena de muerte, ó en la especie de muerte, puede haber la distincion. Los del estado general se suelen condenar á horca: los que gozan de hidalguía antiguamente se condenaban en esta provincia á ser degollados, ó á cortárseles la cabeza, Cortiada *decis.* 92. *num.* 26.: y del Sr. Elizondo en la *Práct. univ. tom.* 2. *pag.* 416. parece inferirse lo mismo en quanto á Castilla. En el dia generalmente está autorizada para los nobles la pena de garrote.

*Pena capital de plebeyos y nobles.*

5 Sentado pues el principio, de que por la mayor sensibilidad del delinqüente puede disminuirse la pena, podemos decir, que han de tratarse con alguna indulgencia las mugeres por la delicadeza de su complexîon, y por la fuerza del rubor, sumamente natural en su sexô: por estas circunstancias quedará una muger con ménos pena igualmente ó mas castigada, que un hombre de la misma clase: pero esto dice el Sr. Lardizabal *Discurso sobre penas cap.* 4. §. 2. *num.* 18. no se debe entender, quando la malicia de la muger es tanta, como suele suceder algunas veces, que la haga cometer delitos tan atroces, que excedan la debilidad de su sexô, en cuyo caso deben ser tratadas del mismo modo que los hombres. Segun Amigánt *Compilatio practicalis tit.* 14. *Animadversiones num.* 20. *y* 21. á las mugeres en Cataluña en delitos, en que á los hombres corresponde pena de galera, se les condena á una casa de reclusion y penitencia, que por lo regular en todas partes se suele llamar galera ó casa de la galera: no se degüellan ni desquartizan en caso de condenarse á muerte.

*Moderacion de pena en las mugeres con alguna excepcion.*

*Aprobacion de dichos principios por nuestras leyes.*

6 Nuestras leyes y práctica estan muy conformes con los principios, que he establecido. En la *ley* 8. *tit.* 31. *part.* 7. se lee : *mas crudamente deben escarmentar al siervo, que al libre, é al ome vil, que al fidalgo.... que maguer el fidalgo ó otro ome, que fuese honrado por su ciencia, ó por otra bondad, que oviese en él, ficiese cosa, porque oviese á morir, non le deben matar tan abiltadamente.* De esto último se hablará al tratar de la execucion de las sentencias.

*De varias distinciones de penas con respecto á los nobles y á los del estado general.*

7 De la *ley* 3. *tit.* 20. *lib.* 6. *Rec.* y de otras muchas y del unánime sentir de todos los autores consta, que los hidalgos no deben condenarse á ninguna pena vergonzosa: de lo que dice Cortiada en la *decis.* 99. *num.* 49. *hasta el* 53. consta, que no se sujeta á los nobles á la pena de la palinodia: lo mismo por derecho de Castilla, *ley* 2. *tit.* 10. *lib.* 8. *Recop.*

8 De la pragmática de 26 de abril de 1761 sobre el uso de armas y de otras consta, que la pena de minas es para los plebeyos lo que para los nobles el presidio. A las penas de minas parece, que se subrogáron despues las de galeras, y á estas las de los arsenales. Por la cédula de 2 de agosto de 1781 consta, que el destino de servir en calidad de soldados los vagos ha de ser en los nobles en calidad de soldados distinguidos.

*Moderacion de pena en los viejos.*

9 En la misma *ley* 8. *tit.* 31. *part.* 7. se dice, que mas crudamente se ha de escarmentar al mancebo, que al viejo, ni al mozo. El viejo decrépito segun el §. 9. *num.* 3. *Juic. crim. Cur. Fil.* puede ser castigado con la pena ordinaria del delito, quando merece pena de muerte, porque aunque le falten las fuerzas naturales no dexa de tener las del entendimiento : pero las demas penas han de ser

menores, que las que de otro modo le correspondieran, por la debilidad. Amigánt en la *decis.* 93., citando á varios autores, dice tambien, que á los viejos se les puede por su edad disminuir la pena, que en otra forma corresponde por sus delitos, ménos quando se trata de la de muerte ó de pena pecuniaria: dice, que á los setenta años se reputan viejos los hombres.

10 Otro caso hallo, en que la qualidad de la persona disminuye la pena, esto es quando ella espontaneamente confiesa el delito: en este caso parece, que por el candor y la buena fe, y por lo que facilita la averiguacion de los delitos el confesarlos, merece ser tratado el reo con alguna indulgencia. Así parece, que lo contestan los autores, como se puede ver en la *Curia Filípica lib.* 1. *Comer. ter. cap.* 14. *num.* 78., *lib.* 3. *Com. nav. cap.* 10. *numer.* 28. Tambien contesta esto mismo Calderó *decis.* 20. citando la *ley* 13. *Dig. de Iure Fisci* y la *ley* 1. *Cod. de His qui se def.*: pero dice, que ha de entenderse esto quando no se trata de delitos atroces: para lo que son terminantes las citadas leyes es para las causas del fisco.

*Moderacion de pena en el que espontáneamente confiesa.*

11 Puede tambien minorarse la pena por razon de la persona, quando ésta ya haya padecido y purgado un poco la culpa. Sabiamente dixo el jurisconsulto en la *ley* 25. *Dig. de Poen.*, que, si alguno hubiese estado mucho en la clase de reo, se le ha de mitigar la pena, y que no se han de castigar los que viven mucho tiempo en dicho estado del mismo modo que los que luego son sentenciados. En realidad la privacion de la libertad con el arresto ó la cárcel con todas las incomodidades, que se padecen en ella, el sobresalto, la afliccion, y susto sobre la suerte, que ha de caber al reo, son

*De lo mismo en quanto al que ha padecido mucho tiempo en prision.*

grandes mortificaciones, que pueden considerarse, como parte de pena, disminuyéndose por consiguiente la que correspondiera por ley aplicándose luego. La práctica está en esto conforme, como se puede ver en Calderó *decis.* 23. *num.* 47. *y* 48., diciéndose de Cataluña, que por esta razon se suele algunas veces poner en la sentencia, que el tiempo de cárcel sirva de pena, y citando muchos autores, que prueban lo mismo en quanto á otras partes.

*Cómo debe regularse en este caso la moderacion.*

12. Pero en esto me parece, que pueden advertirse dos cosas: la primera, que se ha de tratar de mucho tiempo de cárcel *diutino tempore*, como dice la ley, no del regular, que por su naturaleza exîge el asunto, para inquirir sobre el delito, formar el proceso y la sentencia, sino del extraordinario, que como muchas veces sucede, se pasa por mil accidentes á pesar de las mas sérias providencias para el despacho de las causas: la segunda, que ha de ser de modo, que la aplicacion de dicho tiempo como parte de pena sea con prudente arbitrio, de modo, que atendido lo que pueda graduarse la incomodidad del tiempo extraordinario, como equivalente de la parte de pena, que se quita, y la parte de pena, que se aplica, resulte el todo de la pena proporcionado ó mandado por la ley.

*Por la persona, contra quien se comete el delito, se agrava ó disminuye la pena.*

13. La qualidad de la persona, contra quien se comete el delito, es claro, que agrava la culpa, segun lo dicho en el *cap.* 2., y que por consiguiente debe agravarse la pena: *deben catar los judgadores*, dice la *ley* 8. *tit.* 31. *part.* 7., *las personas de aquéllos, contra quien fué fecho el yerro: ca mayor pena merece aquel, que erró contra su señor, ó contra su padre, ó contra su mayoral, ó contra su amigo,*

*que si lo ficiese contra otro, que non oviese ninguno de estos debdos.*

14 Falta solo hablar de la pena, que corresponde á las personas por su qualidad, quando son cuerpos políticos. En la *Cur. Fil. Juic. crim.* §. 9. *num.* 1. se dice, que, quando la ciudad y su cabildo comete delito digno de pena pecuniaria, puede ser condenada la ciudad en ella, y que se ha de pagar de sus bienes y propios, y no los habiendo por repartimiento entre los vecinos; que siendo el delito digno de pena corporal y gravísimo, como de lesa magestad divina ó humana, ha de ser derribada, arada, desierta y privada de sus privilegios; que en los demas delitos ha de ser condenada en pena arbitraria además de ser castigados los oficiales del cabildo y particulares que hubieren delinquido; que quando delinquiere el cabildo de alguna iglesia ó monasterio no ha de ser ella ni él destruido ni condenado en sus privilegios ni bienes, sino solo la persona y bienes de los capitulares, y en sus rentas y estipendios, que tuvieren, miéntras ellos los cobraren por suyos, de suerte, que no cese el servicio ordinario de la iglesia. Cita para esto la *ley* 17. *tit.* 10. *part.* 7., á Gregorio Lopez, á Gomez, y á Julio Claro.

*De la proporcion de la pena con respecto á los cuerpos políticos.*

15 Las circunstancias del lugar y tiempo obligan igualmente á variar y agravar la pena. Tambien desprecia estas distinciones Mr. Brisot, citado por el Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre penas cap.* 4. §. 2. *num.* 49., diciendo que es puramente ideal esta distincion: *el ladron*, dice, *que roba en estas circunstancias* (habla de delito cometido en lugar y dias destinados á la religion) *no tiene intencion de profanar estos lugares y dias, sino de apro-*

*El lugar y el tiempo deben agravar ó disminuir la pena.*

*piarse los efectos, que pueden remediar su miseria. Su necesidad satisfecha es la que él vé en el vaso sagrado, que roba, y no la divinidad ofendida ¿por qué pues se le ha de aumentar la pena?* Pero mas ideal é imaginario es este modo de discurrir, como dice el Sr. Lardizabal impugnándole en el *num.* 50. *ibid. Es verdad*, replica el Sr. Lardizabal, *que el que roba en el templo no se propone profanarle, sino satisfacer su miseria ó su malicia: pero sabe ó debe saber, que no se puede robar en un lugar sagrado sin profanarle; y esta profanacion agrava el delito.* Mr. Brisot parece, que discurre, como si en la aplicacion de las penas solo debiese atenderse la intencion del delinqüente. Tambien ha de atenderse la alteracion del órden público, y de las cosas puestas en mayor seguridad y proteccion del gobierno.

*Lo mismo la qualidad de la cosa.*

16 Con relacion á la qualidad de la cosa corresponde agravarse ó disminuirse las penas: y en el *cap.* 22. *vers.* 19. del *Exôdo* se vé agravado el hurto de los ganados, caballos y bueyes.

*Lo mismo la quantidad.*

17 Por la quantidad es claro, que debe tambien baxar ó subir la pena, y que por esto solo, como en heridas y hurtos, segun se verá despues, puede una pena regular y moderada subir de grado en grado hasta la de muerte.

*Lo mismo el modo.*

18 Aunque lo que he dicho en la *sec.* 4. *cap.* 2. hace evidente la diferencia de delitos únicamente por la diversidad del modo, con que se cometen, no falta quien impugna, el que por esto se haga distincion en las penas. Sobre esto no hay mas, que trasladar lo que refiere é impugna el Sr. Lardizabal en los *num.* 51. *y* 52. *cap.* 4. §. 2. *Disc. sob. pen. Tampoco*, dice, *admite Mr. Brisot la distincion, generalmente recibida entre el robo simple y el hecho*

*con efraccion y quebrantamiento, y dice, que por una sutileza sofística las leyes penales de ciertos pueblos han distinguido estos robos, graduando el segundo por mas grave y violento que el primero. Los intérpretes vulgarmente dicen, que en el robo hecho con quebrantamiento se cometen dos delitos: uno el del robo, y otro el del quebrantamiento, y por consiguiente debe castigarse con mayor pena. Nuestro autor se burla de esto. ¿Cómo no ven*, dice, *que el quebrantamiento no es mas que un medio para cometer un mismo delito, y no un delito nuevo? Pero supongamos con Mr. Brisot, que efectivamente no haya mas que un delito, y que el quebrantamiento no sea mas que un medio para cometerle, ¿por ventura los medios y modo de cometer los delitos no pueden agravar la accion, y hacerlos mas enormes? ¿La muerte dada con veneno ó alevosamente quién ha dudado nunca que es mas enorme, que la que se hace en una riña? Sin embargo el delito es el mismo, y solo hay la diferencia en el modo, con que se ha executado.*

*La pena del delito atentado solamente debe ser menor que la del consumado.*

19 La última reflexîon, que debe hacerse en órden á las penas, que han de aplicarse á los delitos de una misma especie, es la de los atentados solamente y de los consumados. Unos y otros son punibles en el modo dicho en su lugar, entendiéndose en quanto á los primeros, quando no hay solamente el pensamiento de cometerlos, sino tambien algunas acciones exteriores ó palabras dirigidas á ponerlos en execucion: si la regla de proporcion de penas con delitos ha de ser la de aplicar pena mayor al mayor y menor al menor, y si el delito no tanto consiste en el designio perverso de alterar la república, como en la misma alteracion, parece claro, que el conato, aun quando se produce con acto externo, dirigido á la con-

sumacion del delito, que se queda en términos de atentado solamente, nunca debe ser castigado con tan severa pena, como el delito consumado, ya se trate de delitos leves ya de graves. Esta es la sentencia del Sr. Lardizabal en el *Disc. sob. pen. cap.* 4. §. 2. *num.* 22. y siguientes, cuyas razones son dignas de la mayor atencion.

20 Dice este autor, que en el derecho romano hay algunas leyes que ya cita, de algunas de las quales he hecho mencion en la *sec.* 5. *cap.* 2., que castigan con la misma pena el conato que el efecto, y otras que agravan mas la pena en el efecto que en el conato, como la *ley* 1. *y ult. Dig. de Extra. crim.*, la *ley* 6. *y* 22. *Dig. Ad leg. corn. de fals.*, la 3. *Dig. de His qui not. infam.*, la 21. §. 7. *Dig. de Furt.*; que son diversos los pareceres de los autores en conciliar estas leyes, diciendo algunos con Cuyacio en el *lib.* 15. *Observ. cap.* 25., que en los delitos leves el conato debe castigarse con menor pena que el efecto, y con igual en los mas graves, y que otros, cuya sentencia, dice Matheu en el título de *Poenis num.* 13., estar generalmente aprobada por el consentimiento de casi toda la Europa, quieren que el conato sólo se castigue como el efecto en los delitos gravísimos: y esto parece ciertamente que es lo ordenado en la jurisprudencia de los romanos. Aplaude con razon el Sr. Lardizabal el modo de interpretar de Binkersoek en el *lib.* 3. *Observ. cap.* 10., cuya opinion es, que solamente ha de castigarse el conato como el efecto en los delitos, en que esté determinadamente mandado en las leyes, que así se haga, y no en otros algunos, aunque sean mas graves, y que para saber hasta qué punto debe llegar el conato, para que pueda castigarse con la misma pena, que

el efecto, ha de estarse á las palabras, y á la expresion de la ley. Esta sentencia, que la halla, como en realidad lo es, la mas cuerda, mas humana y equitativa, manifiesta ser la mas conforme á la *ley* 2. *tit.* 31. *part.* 7.

21 Estas opiniones de los autores deben seguirse supuesta la legislacion criminal, que en algunos casos impone al conato la misma pena, que á la consumacion del delito: pero prescindiendo de leyes y derecho particular, y hablando en general, son muchas las razones, que prueban convincentemente, que en ningun delito se ha de castigar el conato con la misma pena, que el efecto, y que, quanto mas atroz fuere el delito, tanto mas se debe seguir esta regla por pedirlo así la utilidad pública. Se halla esto largamente tratado, y pertrechado con sólidas razones en el citado *Discurso ibid. num.* 26. y siguientes. Puede servir mucho esta doctrina no solo para casos de legislacion, sino tambien de interpretacion en muchos lances, en que no hay ley expresa, y debe aplicar el juez pena arbitraria, y graduarla prudentemente segun lo que pide la naturaleza del delito, y la proporcion, que debe tener con la pena.

22 Una excepcion se lee *ibid. num.* 31. esto es del caso, en que el conato llegase hasta el acto mismo de consumar el delito, aunque efectivamente no tenga efecto por algun accidente, como si alguno por exemplo diere á otro veneno, y no produxese el efecto, que era regular, y se esperaba, si con ánimo de matarle le hirió mortalmente, pero no murió el insultado por alguna casualidad: en estos casos dice, que se ha de castigar el conato con la misma pena, que el efecto, porque la pena no impide el arrepentimiento, que no puede haber

en tales casos: y por otra parte las leyes deben poner todos los obstáculos posibles, para que los hombres no lleguen á semejantes extremos. Añade que este le parece ser el verdadero sentido de la ley del *cap.* 21. del *Exôdo vers.* 12.: *el que hiriere á un hombre, queriéndole matar, muera por ello*: á esto se opone lo que he indicado en el *cap.* 2. *sec.* 5. con la luz de Domát, sin que nos embarace el texto citado, porque el decir, que el conato no deba castigarse con la misma pena, que la consumacion, no es decir que el conato no pueda alguna vez, como en homicidio atroz, delitos de lesa magestad, y otros castigarse con pena de muerte, correspondiendo entónces á la consumacion muerte qualificada en el modo de la execucion, segun lo que se ha dicho en el *art.* 1. *num.* 8.

## ARTÍCULO V.

*De la proporcion de las penas con los delitos quando son muchos los delinqüentes.*

*Con la aplicacion de la pena á un reo no cesa la que corresponde á otros por un mismo delito.*

1 Hasta aquí he hablado en general de las penas proporcionadas á los delitos considerándolos con relacion á los de distinta especie, y á los de su misma especie, comparando unos con otros, y como suponiendo un solo delinqüente: pero pueden ser muchos los que han incurrido en el delito; y no es fuera de propósito, ántes muy condecente, tratar de como debe en dicho caso graduarse la pena. En las obligaciones civiles bien está expresamente prevenido, que, satisfaciendo ó pagando alguno lo que se debe al acreedor, queden libres de la obligacion los demás córreos, ó que entre todos se divida por partes la efectiva paga del todo: mas

esto no se verifica en las causas y obligaciones criminales: la razon y diferencia es clara: en el primer caso el acreedor no tiene mas derecho, que á un todo de mil pesos por exemplo, aunque sean distintos los sugetos, á quienes pueda pedirlos para mayor seguridad, ya sea por eviccion, ya por caucion ó obligacion *in solidum*: de aquí es, que, pagando uno toda la deuda, deben quedar libres los demas, por lo ménos por lo que toca al acreedor, prescindiendo de las acciones, que tenga el que pagó para obrar contra los otros.

*Razon de lo dicho y uso que debe hacerse.*

2 En los delitos la república tiene derecho de castigar á cada uno con toda la pena correspondiente al delito para enmendar y escarmentar: y de aquí es, que aun despues de aplicada la pena á uno pueden castigarse los demas; las penas estan impuestas contra los delinqüentes; y, quando estos son muchos, á cada uno debe comprehenderle la suya: aun en algun modo quando muchos cometen un mismo delito vienen á ser muchos y tantos los delitos, como los delinqüentes, si todos cometen el delito, como reos principales y autores de él: pues por lo que toca á auxîliadores y fautores ya se ha dicho lo que corresponde. En la *ley* 34. *Dig. de Iniur.* dice el jurisconsulto, que si muchos han injuriado á alguno son tantas las injurias, quantos son los que las hacen: otras muchas leyes hay, que prueban lo mismo; y en conformidad á esto se sigue la jurisprudencia de que en los delitos pagando uno la pena no se libran los otros de ella, Amigánt *decis.* 4. *num.* 134. El Sr. Lardizabal *Disc. sob. pen. cap.* 4. §. 2. *num.* 62. dice, que si es grande el número de los delinqüentes todos deben ser castigados indistintamente, pero que la prudencia y bien comun piden, que en semejantes casos el cas-

tigo se verifique en pocos, y el miedo llegue á todos: por lo que dice en el número siguiente es claro, que no habla de que tengan facultades los magistrados de estrechar el castigo á pocos con la indicada prudencia, sino de recurrir al legislador, á fin de que determine el número. No obstante en algunos casos, como los verémos al hablar de militares, la misma ley da arbitrio y fixa número.

*De la pena correspondiente en delito cometido por muchos ignorándose el autor del mayor exceso.*

3 Quando no consta, que sean todos los reos autores del delito con deliberacion, trama y acuerdo para cometerle, sino que se ha cometido un homicidio por exemplo en un concurso de mucha gente con casualidad de riña, ú otro encuentro, sin designio premeditado por todos, se ha de atender, quien fué el autor del exceso, ó el que dió el golpe, y causó la muerte, distinguiendo á éste para la mayor pena de los demas, que no han dado el golpe mortal, *ley* 17. *Ad leg. corn. de sicar.* En la *ley* 11. §. 2. *Dig. Ad leg. aquiliam*, con la qual concuerda la *ley* 15. *tit.* 15. *part.* 7., se dice, que si muchos hubieren herido á un esclavo, y éste de resultas hubiere muerto, se ha de ver é inquirir, quien fué el que le dió la herida mortal para hacerle responsable de la muerte; y que, si no se puede averiguar, todos han de quedar obligados: esto creeré, que sea únicamente para los efectos de derecho particular de la ley Aquilia, en cuyo título está puesta la citada ley: extenderla para sujetar á pena ordinaria en delitos me pareceria durísimo, mayormente atendido, que pueden ignorar los otros, quien fué el autor principal: y nunca puede parecer, que la renitencia en manifestar al reo, que tal vez ninguno pudiera justificar siendo solo y sospechoso el que lo hiciere de achacar á otro la culpa, sea digna de muerte. No obstante esto en

España tenemos mandado en los militares, que ignorándose el reo de palabras sediciosas, vertidas en tiempo de estar en armas la tropa, se prendan algunos, y no descubriendo al reo sea uno de los dichos pasado por las armas, como se verá despues: mas esto es por las terribles conseqüencias, que pueden tener las conmociones en campaña.

4 En la *decis.* 98. de Cortiada *num.* 28. *y* 29. se puede ver, que la opinion mas recibida y practicada en Cataluña, es que en homicidio cometido en riña por muchos no constando de quien mató todos tienen pena extraordinaria: si consta de la herida, de que murió el insultado, tiene la pena ordinaria de muerte el que constare haberla dado: los demas la extraordinaria: si el homicidio fué por asesinato, alevosía ó de caso pensado, todos los que intervienen en él tienen pena de muerte: trae dicho autor varios exemplares de haberse juzgado así.

## ARTÍCULO VI.

### *De la proporcion de penas y delitos, quando es uno el delinqüente y muchos los delitos.*

1 He hablado de la pena proporcionada á un delito, quando son muchos los delinqüentes: ahora debo tratar de la proporcion, que ha de tener la pena en el caso de ser no mas que uno el delinqüente y muchos los delitos. Los romanos, dice Matheu al *lib.* 48. *del Dig. tit.* 13. *de Accusat. cap.* 3. *num.* 4., que, quando la vindicta de algun delito estaba prevenida por diferentes leyes, no permitian, que el reo lo fuese mas que de una por la *ley* 14. *Dig. de Accusat.*: dice que Acursio y los an-

*De la proporcion de la pena quando muchos concurren en un delito.*

tiguos glosadores interpretáron esto en términos, que, si se hubiese aplicado la pena menor, se pudiese aun aplicar la mayor y mas dura, citando la ley 1. *Dig. de Vi bonor. rapt.*, la 34. y la 41. §. 1. *Dig. de Obligat. et action.*: de estas en realidad puede sacarse argumento aunque no le parezcan á propósito para lo dicho al citado autor.

*De lo mismo quando el reo lo es de diferentes delitos.*

2 Quando el reo lo es de diferentes delitos, y cometidos en distintos tiempos, teniendo cada uno de ellos diferente pena, clara y expresamente impuesta, como por exemplo la una de diez años de presidio y la otra de ocho, cargar al reo con diez y ocho años de presidio sería ciertamente dureza, y verisímilmente contra la mente de los legisladores. Estos quando impusiéron dichas penas solo pensáron en casos de reos, que separadamente cometiesen muchos delitos, y no en el, de que un mismo reo, despues de haber caido en uno, se precipitase en otro. Esto es lo natural ménos quando los términos de la ley fueren tan expresivos, que no diesen lugar ninguno á semejante interpretacion: baxo este supuesto el caso últimamente referido de cometerse un crimen despues de otro por el mismo reo debe suponerse no comprehendido en dichas leyes: y no pueden en un mismo tiempo aplicarse dos penas, quando expresamente no lo mandáron los legisladores.

3 No solo debemos creer, que no lo mandáron, sino que, si los mismos legisladores hubiesen pensado y querido prevenir este caso, no hubieran impuesto tanta pena: porque, aunque siendo dos los reos, se miran proporcionadas dichas penas, no deben reconocerse tales, quando es uno solo: pues tanto para la enmienda del delinqüente, como para el escarmiento de los demás, lo

que no hacen diez años de presidio no lo harán ciertamente diez y ocho: y no debe, en las penas, pasarse el término, que prescribe la necesidad. En el presente caso hay la resistencia de las leyes en la aplicacion de mas tiempo que de diez años de presidio, y en el peligro, que ellas mismas reconocen, como se dirá despues, de la desesperacion.

4 Además los diez años de presidio comprehenden los ocho: y toda pena mayor ó de este modo ó virtualmente contiene la menor: y no hay inconveniente, en que una misma pena, ó unos mismos años de presidio sirvan en un mismo tiempo para satisfacer á la vindicta pública en dos objetos ó crímenes: de aquí es, que, sufriendo el reo el castigo mayor, sufre el menor, y paga al mismo tiempo por dos delitos: favorecen mucho este modo de opinar las leyes romanas arriba citadas, como puede verlo qualquiera que las lea, debiendo entenderse la interpretacion de poderse aplicar la pena mayor despues de la menor para el efecto de añadir solamente en la segunda lo que faltase en la primera. Confirma lo mismo el favor de la humanidad y de los reos, cuyos derechos se ha notado ya varias veces, que son sumamente privilegiados, debiendo en caso de duda seguirse la opinion mas pia y benigna. Tambien favorece este modo de discurrir el derecho general de España: pues en el *cap.* 16. de la real cédula de 22. de julio de 1761. se dice, que el reo de muchos contrabandos ha de sufrir la pena mas grave de ellos.

*De lo mismo en quanto á penas eclesiásticas y seculares.*

5 Quando se trata de jurisdicciones eclesiástica y secular parece, que no hay inconveniente, en que, despues de haberse castigado á un reo con la pena proporcionada en su fuero, se castigue por el otro en la pena correspondiente al suyo: así

dice Cortiada en la *decis.* 269. *núm.* 9. hasta el fin, que el lego, castigado en delitos *mixti fori* por el juez eclesiástico con pena meramente espiritual, puede ser castigado por el seglar con pena corporal, y al contrario: esto proviene de la diferente naturaleza de las penas.

6 En quanto á la Inquisicion, quándo y cómo debe ella conocer de reos de diferentes delitos, me remito á lo dicho en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 16. *art.* 13. *núm.* 12.

*De lo mismo quando se ha aplicado ya una pena.*

7 Quando se trata de delito cometido despues de impuesta ya la pena, como de presidio, se verá en la *sec.* 5. *art.* 3. §. 4., que se aumentan los años de él aunque pasen de diez.

## SECCION V.

### *De diferentes distinciones de penas.*

*De diferentes penas.*

1 Hasta ahora, siguiendo la regla, que senté en el principio, de que al mayor delito corresponde la mayor pena, he hablado de todos los delitos, considerados por la clase ó especie, á que deben reducirse, y en su especie por la graduacion de malicia de cada uno, teniendo presente la voluntad, la libertad, la advertencia, las circunstancias extrínsecas, el número de delinqüentes y de delitos, expresando quando corresponde la pena ordinaria ó extraordinaria, y diciendo siempre en general, que al mayor delito corresponde pena mayor. Tambien se ha dicho, que para proporcionar las penas se ha de establecer una como la mayor, por exemplo la de muerte, mas ó ménos afrentosa y dolorosa segun las circunstancias, y despues baxar de grado en grado á proporcion de lo que ba-

xen unos delitos respecto de otros, y que esto mismo guia ó dexa hecha la proporcion. Todo esto es general: ahora hablaré ya mas en particular, de cómo se han de considerar por nosotros unas penas respecto de otras, para de este modo entender, quál es la mayor, y cómo baxan las otras á proporcion de lo mas ó ménos, que mortifican al delinqüente.

## ARTÍCULO I.

### *De penas propias de esclavos, y de las que lo son de hombres libres.*

1 Pueden distinguirse las penas en serviles ó propias de esclavos, y en las que son propias de hombres libres. Esta distincion podia ser, y era en realidad de mucho uso en la jurisprudencia romana, pero no en la nuestra, aunque tambien puede servir no poco, para conocer el orígen, y como unas penas se han subrogado en lugar de otras, dando buena luz este conocimiento para varios casos. Entre los romanos era pena servil la de carcel perpetúa, como consta de las *leyes* 8. §. *ult.*, *la* 35. *Dig. de Poen.*: tambien lo eran los azotes, *ley* 12. *Dig. de Iur. fisci*; el destino á trabajar en las minas, y á luchar con las fieras, *ley* 8. §. 11. *ley* 12. 17. *y* 36. *Dig. de Poen.*; la muerte de cruz, Paulo *lib.* 5. *Sentent. tit.* 21. §. *ult.*, y la de ser quemado el delinqüente, aunque ésta alguna vez se aplicaba tambien á los hombres libres de baxa esfera, *ley* 28. §. 11. *Dig. de Poen.* *Distincion de dichas penas.*

2 Las penas propias de hombres libres eran antigüamente la privacion de exercer algunos empleos y cargos, de que se hablará despues *art.* 3. *Las penas que los romanos aplicaban*

*á los hombres libres.*

§. 10., y el dar palos ó golpes con varas: de manera, que por los delitos, en que á un esclavo se le aplicaba la pena de azotes, á los hombres libres de baxa esfera se les daba castigo con algunos golpes de varas delgadas, *ley* 10., *ley* 28. §. 2. *Dig. de Poen.*, *ley ult. Dig. de Iniur.* Era muy diferente el castigo de las varas de el de los azotes: en la *ley* 7. *Dig. de Poen.* se llama *fustium admonitio*, como que no tanto era castigo como apercibimiento. En el *art.* 16. *tit.* 2. *trat.* 2. *Ord. mil.* se dice, que los cabos han de tener una vara sin labrar del grueso de un dedo regular, y que pueda doblarse, á fin de que el uso de ella con el soldado no tenga malas resultas: en el *art.* 17. *ibid.* se dice, que el cabo en el solo caso de desobedecerle el soldado, ó responderle con insolencia, podrá castigarle con su vara, pero sin pasar de dos ó tres golpes, y éstos en la espalda ó parage, que no pueda lastimarle gravemente. De un modo semejante sería el castigo de las varas de los romanos: pues sus leyes y autores hablan constantemente de él en términos, de que era propio de hombres libres y ligero en comparacion de los azotes.

*Casi nunca aplicaban la de muerte.*

3 Estos ligeros castigos eran casi los únicos de los ciudadanos romanos en los tiempos florecientes de la república: pues por las leyes Valeria, Porcia y Sempronia, tan voceadas de sus escritores, ningun magistrado podia aplicar pena de azotes, ni de muerte á un ciudadano romano, como se puede ver en Gelio *Noct. Attic. lib.* 10. *cap.* 3. y en M. T. Cicerón en la *accion* 2. *in Verrem lib.* 5. *cap.* 62. 63.: ni aun el pueblo sino rarísima vez aplicaba á ciudadanos la pena de muerte: las leyes citadas parece, que permitian á los ciudadanos acusados ó condenados por gravísimos delitos

salirse de los estados de la república, y escapar con un destierro voluntario de la pena establecida por ley, y aplicada por los jueces: así resulta con evidencia de lo que dice Cesar en Salustio *de Bello Catilinario* en la oracion, que hace al pueblo romano sobre los conjurados contra la república y del *cap.* 34. de la oracion de Tulio *pro A. Cecina.*

4 Despues fué preciso en esto, como en otras muchas cosas, eludir el derecho antiguo con nuevas providencias, como la de la privacion de fuego y agua á los condenados, con que se les precisaba á desterrarse voluntariamente, y la ficcion de la esclavitud de la pena, de que se habla en muchas leyes posteriores, como que el reo con el mismo delito se hacia esclavo de la pena: y de este modo podia recaer en él la sentencia de muerte. Estas ficciones son pruebas, de que los jueces no podian antiguamente castigar con pena capital. La que se introduxo despues en órden á los ciudadanos era una especie de garrote. *Variacion en quanto á esto.*

5 La distincion de penas de esclavos y de hombres libres no puede ser de uso particular para nuestros tiempos, sino para confirmar, que por respecto de las personas deben variarse los castigos, y para ir con tiento en no aplicar indiscretamente con la autoridad de las leyes romanas algunos castigos, que eran propios de los esclavos de aquellos tiempos. *Conclusion de lo dicho.*

## ARTICULO II.

### *De las penas que irrogan ó no irrogan infamia.*

1 Otra distincion de penas debe hacerse en las que irrogan infamia y en las que no la causan. Es- *De lo que es infamia.*

ta distincion no solo puede servir para la inteligencia de penas de diferente especie, sino tambien para la inteligencia de las de una misma: pues segun el modo, con que se aplique una pena, como la de muerte, puede irrogar infamia, y segun como no. *Es la infamia*, dice el Sr. Lardizabal *Disc. sobr. pen. cap.* 5. §. 4., *una pérdida del buen nombre y reputacion, que un hombre tiene entre los demás hombres, con quienes vive*: es, dice, *una especie de excomunicacion civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideracion, y rompe todos los vínculos civiles, que le unian á sus conciudadanos, dexándole como aislado enmedio de la misma sociedad.* Añade el mismo autor, que esta pena, usada con tino y discrecion, puede evitar muchos delitos, particularmente en un gobierno monárchico, cuyo principio es el honor.

*Miramiento con que se debe imponer la pena de infamia.*

2 Pero advierte oportunamente, que, para que la pena de infamia cause los efectos correspondientes, es necesario, que la infamia, impuesta por ley á algun delito, sea conforme á las relaciones, y naturaleza de las cosas, porque si se declaran infames algunas acciones, que son de suyo indiferentes, se disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales, y que las leyes no deben forcejar contra el sentir comun de las gentes, aunque sea éste una preocupacion.

3 Tambien previene, que la pena de infamia no debe imponerse con demasiada freqüencia, porque los efectos reales de las cosas, que consisten en opinion, siendo demasiado continuos debilitan la fuerza de la opinion misma; por la propia razon dice, que tampoco debe recaer la infamia sobre muchas personas á un mismo tiempo: la infamia de muchos dice, que se resuelve en no ser infame nin-

guno; y que siempre será esta pena muy útil para reprimir cierto género de delitos, que se fundan en orgullo, y en una especie de fanatismo, cuyos autores suelen animarse, y hallar cebo y nutrimiento en las otras penas, como si padeciesen como mártires, y ninguna cosa los puede refrenar mas poderosamente que la ridiculez, el desprecio y la infamia.

*Diferentes modos con que se puede imponer la infamia.*

4 La infamia puede irrogarse por ley sin estar acompañada y unida á otro género de castigo: pero esto rarísima vez sucede, siendo lo mas regular, que ande acompañada con otra pena, como la de azotes y otras semejantes.

*La horca irroga infamia.*

5 Entre las penas, que causan infamia, se cuenta la horca, ó esta es la que refunde mas infamia: así se dice en la *Compilatio Practicalis titul.* 14. *Animadversiones num.* 8. de Amigánt, citándose varias leyes romanas, de las quales solo parece que en algun modo lo prueban la *ley* 11. §. 3. *Dig. de His qui not. inf.* y la 28. §. 15. *Dig. de Poen.* Lo que mas lo prueba es, que esta pena despues de Constantino se subrogó en lugar de la de cruz, que era propia de los esclavos: y por esto en algunas leyes, como en la 38. §.2. *Dig. de Poen.*, en lugar de la pena de cruz, ó del *in crucem*, que habia en el *tit.* 22. *lib.* 5. *Sententiar.* de Paulo, de donde fué sacada, subrogó Triboniano el *in furcam*, como se lee.

*Tambien la irrogan los azotes y las baquetas.*

6 Los azotes tambien irrogan infamia, y no se dan sino por delitos feos, Amigánt *ibid. num.* 5. citándose la *ley* 22. *Dig. de His qui not. inf.*: esta y la *ley penult.* §. 2. *Dig. de Extraord. cogn.* hablan del castigo de las varas: pero, si este causaba infamia, mucho mayor debia ser la de los azotes.

7 El Sr. Conde de Ricla con fecha de 24 de

noviembre de 1776 comunicó al exército una resolucion, con que S. M. mandó, que á todo soldado ó cabo, que sufra la pena de baquetas, se le separe del servicio por la infamia, que le irroga este castigo en el concepto de los demás, y que cumplan los reos el tiempo, que les falte de su empeño, si le tuvieren, y si nó el de seis años en uno de los presidios de Africa en calidad de presidiarios.

8 Por fin irrogan infamia todas las penas impuestas por delitos, que la causan en conformidad á lo que se ha dicho en el *libro* 1. *tit.* 8.: pero entónces no se incurre en la infamia por razon de la pena sino por el delito.

## ARTICULO III.

### *De las penas corporales aflictivas y de las que no lo son.*

### §. I.

### *De dichas penas en general.*

*De las penas corporales y de las que se comprehenden en este número.*

1 La otra distincion de las penas consiste en que unas afligen el cuerpo, causándole algun dolor, ó exercitándole, ó fatigándole con algun trabajo ó incomodidad, ó privándole de la libertad natural, ó de alguna comodidad, que por esta razon se llaman corporales, y las otras ó solo obligan á practicar alguna diligencia, que no puede decirse aflictiva de cuerpo, ó solo privan de los bienes ó derechos, de que gozaría en otra manera el hombre. En el número de las primeras pueden contarse las capitales, las mutilaciones de

miembros, los azotes, los palos, la verguenza, las galeras, las minas, los arsenales y presidios, qualquiera reclusion, y por fin el destierro: en quanto á éste pudiera haber motivo de dudar: pero parece en realidad, que con él padece el cuerpo, y se mortifica con la privacion de la libertad de andar y espaciarse libremente en donde quiera. Si la reclusion en una carcel es pena corporal, tambien lo ha de ser la de una casa: si la de una casa, la de una poblacion y su término: y así puede discurrirse de lo demás. El Sr. Lardizabal veo, que tambien cuenta esta pena entre las corporales: y lo mismo hallo, que hiciéron los romanos, probando esto entre otras leyes la 12. §. 5. *Cod. al fin. de Aedific. priv.*, en donde dice el Emperador Zenon, que el arquitecto, que hubiere fabricado contra lo que se prescribe en aquella ordenanza, y que por falta de bienes no pudiere pagar la pena pecuniaria, en que hubiere incurrido, *corpore luens à civitate fiat extorris*: esto es, que pagando con su cuerpo salga desterrado de la ciudad: con esto se dá, ó supone pena corporal el destierro. Lo mismo parece, que se colige de la *ley* 2. *Dig. de Pub. judic.* Sea esto como fuere generalmente se tiene por pena corporal el destierro: y si alguno se quiere resistir, la qüestion no será mas que de palabras, y del modo de explicarse, entendiendo unos de un modo, y otros de otro la pena corporal. Con alusion á ser pena corporal el destierro ha de entenderse la expresion de Marciano en la *ley* 5. *Dig. de Interdic. et releg.*, en donde á la isla del destierro la llama prision, atadura ó vínculo de la isla, *insulae vinculum.*

2 En el número de las penas no corporales deben contarse las que no mortifican el cuerpo, co- *De otras penas.*

mo todas las pecuniarias, la confiscacion, la multa, la palidonia, la privacion de ir á alguna casa ó lugar, ó de alguno de los derechos, que tendria ó podria tener el reo, si no se le quitasen con la sentencia por razon del delito, como quando se le inhabilita para algun empleo ú honor en particular, ó para todos en general, para tiempo determinado ó perpetuamente, *ley* 7. §. 20. 21. *y* 22. *Dig. de Interdic. et relegat.* Primero hablaré de las penas corporales, empezando por las capitales; y pasaré despues á las que no son corporales.

## §. II.

### *De las penas corporales en general, y en particular de las penas capitales, mutilaciones de miembros, azotes, verguenza, palos, y destino á obras públicas.*

*En España solo se usa de la horca, garrote y arcabuceo abolida la pena del fuego y la saeta.*

1 Ya se há hablado en otra parte de los distintos y bárbaros modos, con que de tiempos antiguos se executa en varios estados la pena capital, dignos de proscribirse de toda nacion humana. En España solo se usa la horca, el garrote, y el arcabuceo en los soldados, como dice el Sr. Lardizabal *Disc. sob. las pen. cap.* 5. §. 2., habiendo referido poco ántes, que por una general costumbre no se aplica la pena, que imponian algunas de nuestras leyes antiguas de quemar vivo al delinqüente, y que solo suele quemarse el cadáver despues de muerto el reo, acaso para salvar de algun modo la disposicion de las leyes, y para inspirar mas horror al delito. De un modo semejante se mandó con la *ley* 46. *tit.* 13. *lib.* 8. *Rec.*, que en los crímenes, en que se incurria por leyes antiguas en la

pena de asaetear vivo al delinqüente, se ahogasen primero los reos. El garrote ó el ahogamiento apretando la garganta, que puede executarse de varios modos, parece muy antiguo y usado mucho por los romanos en hombres libres: este es el suplicio, que se dió á los conjurados con Catilina, como se lee en Salustio: y en los autores latinos á cada paso se halla la expresion de *gulam frangere* para expresar esta pena. La de horca es la regular de las personas del estado general.

*En algunos delitos atroces se descuartiza el cadáver.*

2 El destrozo de miembros se estila en Cataluña en algunos delitos atroces despues de muerto ya el reo para inspirar horror al delito: lo mismo traèn para algunos delitos las ordenanzas militares: tambien se acostumbraba en esta provincia condenar á estos reos, cuyos cuerpos se desquartizan despues de muertos, á que se llevasen arrastrados á la cola del un caballo al suplicio y á ser atenaceados: esto último se les ha acostumbrado á dispensar de muchos tiempos: y del mismo modo en quanto á lo otro se permite, que los que van auxîliando al reo le lleven en un serón atado al caballo, que debiera arrastrarle: lo de arrastrar el réo tambien lo hallo en algunas leyes de Castilla.

*En el derecho romano la pena capital no siempre significa la de muerte.*

3 Como casi todas nuestras penas municipales están apoyadas en las leyes romanas por lo que se ha dicho en el *cap. 3. de los Prelim. num. 56. y siguientes*, y en las leyes de Partida y Recopilacion és bien patente la concordancia y correspondencia con el derecho romano, no puedo dexar de advertir, que muchas veces en el derecho romano la pena capital no significa pena de muerte natural, sino civil: esto és notorio á quien esté medianamente instruido en la jurisprudencia romana y en el conocimiento de la lengua latina. En muchas le-

yes es claro esto, y señaladamente en la 103. *de Verb. sign.* En ésta se ve, que los escritores latinos suelen llamar causas capitales, quando se trata de honor y estimacion; y que los jurisconsultos, ciñendo mas la significacion indicada, llaman penas capitales á las de muerte natural ó civil: y aun de los mismos jurisconsultos consta, como se puede ver en la ley 12. §. 4. *Dig. de Accusat.*, que al extrañamiento ó relegacion, la qual no causaba muerte natural ni civil, la llamaban pena capital: otras habrá sin duda, en que se confirmará lo mismo: pero lo mas comun sería lo que dice la *ley* 103. citada de estrechar la significacion de la palabra *capital* á la muerte natural ó civil: en el dia, ó en el modo de hablar comun á todas las gentes, aun la limitamos mas, valiéndonos solamente de dicha palabra para expresar la pena de muerte natural.

*Inconvenientes que hay en imponer la mutilacion de miembro.*

4 El Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre las penas cap.* 5. §. 3. *num.* 5. dice bien, que son mas especiosas, que sólidas las razones, que se tuviéron presentes para establecer en algunos casos de legislacion las mutilaciones de miembros, habiendo parecido justo, que el delinqüente fuese castigado en la parte del cuerpo, que le sirvió de instrumento para delinquir, como al falsario cortándole la mano, al blasfemo la lengua, y aplicándose penas semejantes en otros crímenes. Todo esto sería digno de atenderse, si no traxesen estas penas los gravísimos inconvenientes, que indica el mismo autor, como son el de que léjos de poderse enmendar con estas penas los delinqüentes, que es uno de los fines principales de la pena, se les precipita en mayores excesos, privándoles de los miembros, que les dió la naturaleza como necesarios para ganar honestamente el sustento, y precisán-

doles á buscar medios torpes é ilícitos de subsistir. Dice *ibid. num.* 3., que tampoco sirven para el escarmiento; que en una nacion, en que se freqüentasen estas penas, solo servirian para hacer crueles á los hombres, endurecer los ánimos y ponerlos en disposicion de cometer delitos atroces; y que esto se acredita con lo que sucede en donde se hace mucho uso de las mutilaciones, como en la China, probando esta misma freqüencia el poco ó ningun efecto, que ellas causan.

5 Á mas de esto tienen las mutilaciones una especie de fealdad, que no parece digna de ser autorizada con las leyes, por desfigurar una obra de Dios tan perfecta, como la del hombre, cortándole alguna parte del todo, que Dios crió, sin necesidad de esto para el fin de las penas, y aun con los malos efectos, que se ha dicho. En la *nota* 62. á la *part.* 4. del *Apéndice á la Educacion popular* se lee lo siguiente: *la mutilacion de miembros parece suavidad en la imposicion de pena; y lo es en efecto si se compara con la capital. Pero en política es muy perjudicial, porque inutiliza un hombre para el trabajo; perpetúa su infamia; y queda su manutencion cargada sobre el público. Por esta razon se hallan antiquadas las leyes de mutilacion, como inhumanas y contrarias al beneficio del público.*

*De lo mismo en quanto á otras penas inhumanas abolidas como la mutilacion en España.*

6 Lo mismo, que de las mutilaciones, expresa el Sr. Lardizabal en el *Disc. sob. las pen. cap.* 5. §. 3. *num.* 4., que debe decirse de otras penas igualmente inhumanas, como el desollar la frente, imprimir hierro ardiendo en la cara, ó en otra parte del cuerpo, sacar los ojos, cortar ó clavar la lengua, cortar las orejas, arrancar los dientes, clavar la mano: todas estas, dice, aunque ya por una general y humana costumbre han venido á que-

dar sin uso, seria conveniente abolirlas expresamente, subrogando en su lugar otras proporcionadas á los delitos y á las actuales circunstancias y costumbres, así como con la *ley* 7. *tit.* 17. *lib.* 8. *Rec.* se conmutó en vergüenza pública y servicio de galeras la pena de arrancar los dientes, impuesta al testigo falso en causas civiles por la *ley* 3. *tit.* 12. *lib.* 4. *del Fuero Real.* El imprimir el hierro ardiendo en las espaldas aun está en uso en algunas provincias, como en la nuestra, en que de dicho modo se marcan los ladrones condenados á azotes: y en el dia generalmente está mandado para los gitanos, que no se avecindan, como se verá despues. Las otras no parece que estan abolidas solamente por falta de uso, sino tambien por ley expresa: pues en la *ley* 4. *tit.* 24. *lib.* 8. *Rec.* se dice expresamente, que las penas corporales de *cortar pie, mano, ó destierro perpetuo ú otras semejantes* las conmuten los alcaldes del crímen en mandar servir los reos en las galeras por el tiempo, que les pareciere correspondiente.

*Como deberá entenderse lo que despues se dirá en quanto á alguna de dichas penas.*

7 Al hablar determinadamente de las penas de algunos delitos citando las leyes incluiré despues algunas de mutilaciones de miembros, ó de la especie, que he significado ya, que no estan en uso: esto mismo y lo dicho de subrogacion deberá tenerse presente en todos los casos indicados para no repetirlo en cada una de las veces, que se ofrezca, y en que sea preciso citar la ley ó expresar su contenido por otro motivo: pero debe tenerse presente, que la subrogacion de pena en las mutilaciones no puede tener lugar en algunas de los militares, que se citarán en su lugar, porque las leyes, con que se mandan, son posteriores á dicho uso y á la ley citada de la Recopilacion.

8 Entre las penas corporales la de azotes en una nacion pundonorosa como la española es terribilísima, no por el dolor, pues en esta parte se usa ciertamente en nuestro reyno de mucha moderacion ó indulgencia, sino por la infamia. Matheu *de Re crim. contr.* 42. *n.* 30., como refiere el Sr. Lardizabal en el *Disc. sobre penas cap.* 5. §. 3. *num.* 7., dice de esta pena, que la experiencia de mas de veinte y cinco años, que exerció la judicatura criminal dentro y fuera de la Corte, le hizo conocer, que era mas temida de la gente popular de España, que la misma muerte: por cuyo motivo, dice, que la Sala de Corte la usaba con mucha freqüencia, y que aun en los delitos leves cominaba con ella; que de este modo se evitaban otros mayores; y rara vez tenian que imponer la pena capital. Por la misma razon del horror, que se tenia á dicha pena, parece que debia, y debe en realidad imponerse con mucha prudencia y moderacion, y en solos delitos viles y denigrativos, como corresponde á una pena, que ya hemos dicho, que irrogaba infamia, y que antiguamente era propia de esclavos. Debe obligarnos á esto, no solo el deseo de no querer castigar mas de lo que corresponde los delitos, sino tambien el de no precipitarse á los pobres reos, haciéndoles perder el pudor y la vergüenza, que es un mal efecto de estas penas, empeorando á los delinqüentes en vez de corregirlos. *La pena de azotes*, dice el autor del *Discurso sobre la Industria popular* en el §. 18., *infama al que la sufre, y no le mejora. Es contra buenas reglas de política*, añade, *deshonrar al ciudadano, quando hay otros medios de corregirle, y de mejorar sus costumbres. Lo peor es*, continúa, *que esta infamia recae segun la opinion vulgar sobre sus inocentes familias*;

*Moderacion con que se debe aplicar la de azotes.*

*y ellos se abandonan enteramente sin volver á serles útiles, ni al estado.* Allí mismo se puede ver, que en Francia los escritores económicos se quejaban de lo mismo.

*Por qué delitos debe aplicarse la de azotes, y equivocacion con que algunos han entendido las leyes romanas.*

9 En el *art.* 1. he dicho, que segun las leyes romanas por los mismos delitos, que sujetaban los esclavos á la pena de azotes, se daban palos, ó se sacudia con varas delgadas á los libres. Estoy en que los autores prácticos de tiempos antiguos confundiéron una cosa con otra, valiéndose de las leyes, que mandaban castigar con varas á las personas libres del estado comun, para entender aplicada y correspondiente á la gente del estado general la pena de azotes. Lo cierto es, que en los compiladores de decisiones de esta provincia apénas se encuentra otra expresion de la pena de azotes, que la de *fustigatio*: á cada paso leo haberse decidido, que el reo *fustigaretur et bullaretur per loca solita*, entendiendo con lo primero los azotes, y con lo segundo la marca con el hierro ardiendo. Esto con lo dicho *art.* 1. es una prueba de que la pena, llamada *fustium* por los jurisconsultos romanos, la interpretarian muchas veces por pena de azotes sin serlo. No dudo que nuestros autores se explicarian del mismo modo, que los de las demas provincias, y que como en todas partes ha tenido la legislacion romana la influencia, que es notorio, en la nacional, se habrá acaso por esto extendido mas la pena de azotes de lo que se hubiera extendido. Sea de esto lo que fuere la pena de azotes está generalmente recibida: pero de lo dicho debe inferirse, que se ha de ir con mucho tiento, y que solo ha de aplicarse en los delitos, que refunden infamia, como se puede ver en Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 2. *num.* 2. citándose á

Gomez á la *ley* 80. de las de Toro *num.* 9. Lo mismo se puede ver en la *Compilatio practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *Animadversiones num.* 6. *y* 7.: consta allí mismo, que los azotes se han de dar con moderacion, especialmente si hay otra pena, como la de galeras. Del mismo lugar de Amigánt *num.* 5. y de la *decis.* 7. del mismo *num.* 120. *hasta el* 123. consta, que en esta y otras provincias la pena de azotes se dexa de aplicar algunas veces á personas acomodadas y honradas, aunque sean del estado general; y que se suele dispensar otras por atencion á los parientes condecorados, si los tiene el reo. Que no pueda la pena de azotes aplicarse sino por delitos denigrativos, y que causan infamia, lo prueba con evidencia lo que he dicho *art.* 1. *y* 2., que aun el castigo de las varas irrogaba infamia, y solo se usaba con la gente de baxo nacimiento.

*Moderacion con que debe imponerse la pena de verguenza.*

10 La pena de la vergüenza pública tambien debe contarse entre las corporales, por lo que padece el cuerpo, atado ó sujeto al desprecio é ignominia, como en los blasfemos, que se les enclava ó pone la lengua en una mordaza; en las mugeres públicas, que provocan con escándalo, á las quales se les suele rapar la cabeza y las cejas en algunas partes, y en los alcahuetes, que se les suele poner con una coroza. De esta pena parece, que debe usarse con mucha moderacion, y en aquella especie de delitos, en que sus autores parece, que han perdido todo el pudor, y que solo puede esperarse, que vuelvan en sí con una fuerte sofrenada de cubrirlos de oprobio á la vista de todo el público. Quando no se usase de ella con moderacion se aplicaria una pena mayor de la que correspondiese al delito, y se experimentaria el inconveniente de precipitarse los hombres en mayo-

res excesos, porque una vez perdida la vergüenza no habrá maldad, que no cometa el hombre.

*No parece que deba usarse el castigo de palos.*

11 El castigo de palos recios, que el de varas delgadas ya le hemos visto usado por los romanos, mas parece propio de bestias, que de personas: con todo ha estado y está en uso en algunos paises de la Europa: y el Emperador Joseph II. con esta pena repartida en ciertos dias del año, y con perpetuo destino á trabajos públicos, habia querido suprimir la capital, como dixe en la *sec.* 2. *n.* 11.: en España no se estila sino con los militares, lo que se ha dicho en el *art.* 1. *num.* 2.: y en algun otro artículo de ordenanza, que se citará en su lugar, he leido la pena de veinte y cinco palos en un caso, de que se hablará en el *cap.* 5. *sec.* 4. *art.* 5.

12 El Sr. Lardizabal en el *Disc. sob. pen. cap.* 5. §. 3. *num.* 12. dice, que, abolidas las penas de minas de azogue y de galeras, solo nos han quedado las de arsenales, presidios y trabajos públicos. El destinar los reos á obras públicas es dar un doble beneficio á la sociedad, esto es el escarmiento y el servicio, que hace el reo. La palidez del semblante, las cadenas y la humillacion en el destino son un espectáculo de mucha fuerza, que retrae á los demas: y en el mismo tiempo se emplean muchos brazos, que por otra parte quedarian inutiles, en construir puertos, abrir canales, levantar fortalezas, reparar edificios públicos y en otras obras semejantes. El destino á las obras públicas de los arsenales y presidios puede tener mucha parte de estas utilidades, aunque no todas juntas.

13 Ahora hablaré de estas tres especies de penas, despues del destierro y de la aplicacion á las armas, que es todo lo que falta para concluir la explicacion de las penas corporales: pero, como

todas estas, aunque muy desemejantes entre sí, tienen alguna cosa de comun en quanto á la privacion de la libertad, ántes de especificar lo que corresponde á cada una de dichas penas, pondré lo general á todas ellas.

## §. III.

### *De las penas en general de reclusion ó destino á determinado lugar ó ministerio.*

*La pena de reclusion puede ser y dexar de ser destierro.*

1 Las penas corporales, de que ántes he hablado, lo son, por causar algun dolor vivo y executivo en el cuerpo con la impresion de algun golpe, ó instrumento, que le quite la vida, ó le mortifique sensiblemente: las que voy á explicar ahora lo son por causar una especie de dolor lento á causa de quitar con él al cuerpo la libertad, que en otra manera goza, estrechándose mas ó menos el ámbito de la morada, y aun á veces el modo de estar dentro de ella, ó exercitando el cuerpo en algun trabajo ó ministerio: estas penas parece que pueden cómodamente reducirse á dos, conviene á saber reclusion, ó destino á determinado lugar ó exercicio. Si la reclusion ó el lugar del destino es el mismo, en que vive ó tiene el domicilio el reo, no será destierro la pena: pero lo será si es fuera del lugar, como respecto de casi todos los reos lo son los arsenales y presidios: y del mismo modo si el destierro ó la pena, con que se le obliga al reo á vivir fuera de lugar determinado, le tiene adicto ó recluso en algun recinto ó lugar ó en alguna especie de trabajos, será el destierro reclusion: pero puede no serlo, si tiene el condenado libertad de vivir, en donde quiera, con tal que no esté en el lugar,

de que se le destierra, ó de vivir á lo menos libremente en alguna provincia, isla ó territorio. Así que puede haber reclusion sin destierro y destierro sin reclusion.

*Qué es lo que se entiende por destierro, y su gravedad.*

2 En el modo comun de hablar solo suele llamarse destierro quando queda con libertad el condenado, y con la sola privacion de vivir en su patria ó lugar de donde se le echa: esta pena siempre se ha tenido por bastante grave, á causa de privar al reo de la sociedad, en que tenia ántes derecho de vivir, y de todas las comodidades, que disfrutaba, conexîones de parientes, amigos y de toda especie de enlaces y dependencias, que contentan mucho, y llenan de complacencia á los hombres, por el dulce atractivo del lugar de la habitacion y domicilio, en que nos hemos criado. Ulises, á quien se dió el renombre de sabio, siendo así que su patria era como una especie de nido pegado á unas peñas, le prefirió á la inmortalidad: y Tulio en la oracion *Post reditum cap.* 11. y en otros lugares llama, ó tiene por dia de nacimiento el de restituirse á la patria, de que tuvo que carecer. La mayor pena, que tenian antiguamente los ciudadanos romanos, era la del destierro, y aun dado indirectamente, privando al que habia cometido un delito atroz de las cosas necesarias para el sustento con el *aquae et ignis interdictio*, á fin de que, precisado de este modo el reo se fuese á otra ciudad, y con la incorporacion en ella perdiese el derecho de ciudadano romano: la mas grave de dichas dos penas es la de reclusion, que por lo comun suele estar complicada con destierro, y por esto empezaré de ella, hablando primero en general de lo que es comun á toda especie de reclusion.

*Utilidad de*

3 Ya se ha significado en el *lib. 2. tit. 9. cap. 9.*

n. 6., que pueden distinguirse cárceles para custodia y otras para castigo: en este número pueden contarse todas las especies de reclusion en galera, arsenal, presidio y en casas de correccion. El Sr. Lardizabal en el *Disc. sob. pen. cap.* 5. §. 3. *num.* 12. y siguientes encuentra defectuosa la sola constitucion de arsenales y presidios para la aplicacion de penas, porque solo pueden distinguirse las penas de unos delinqüentes respecto de otros por el mayor ó menor número de años, confundiéndose allí todos los condenados y pervirtiéndose los ánimos de muchos reos con el mal exemplo y la compañía de malvados. Dice que en el territorio de cada tribunal superior debieran establecerse casas de correccion, cuyo único objeto fuese disponer varios trabajos, castigos y correcciones, para aplicar y proporcionar á cada uno el remedio correspondiente, y que, quando hubiese de ser infructuosa la correccion, podrian echarse los reos á arsenales y presidios. En algunos delitos leves se manda algunas veces por ley, que el contraventor á alguna disposicion será castigado con pena de algunos dias de cárcel entendiendo la misma, que sirve de custodia. Y algunos autores aprueban este medio por diez, veinte, treinta ó mas dias: pero no para mucho tiempo.

*las casas de correccion para las penas.*

4 Lo que suele estar tambien generalmente recibido es que no se condene á nadie perpetuamente á reclusion: y creeré, que se haya introducido esto, porque seria pena cruel, y en algun modo mayor que la de la muerte, á mas del grande peligro de la desesperacion y despecho, en que se precipita el que no tiene ningun asomo de esperanza: esta, por poca que sea, alienta, esfuerza y hace llevadero el trabajo. En los romanos ya hemos visto en

***En España** estaba antiguamente autorizada la pena de reclusion perpétua.*

el *artículo* 1. prohibida la reclusion perpétua, y que se tenia por propia de esclavos: pero en España se habia autorizado este género de pena con leyes y costumbres, que quedan en el dia derogadas. En el *cap.* 86. de Peguera se puede ver, que en Cataluña se condenaba en tiempos antiguos á pena de galera perpetua. En Cortiada en la *dec.* 86. *num.* 63. *y* 64. consta lo mismo, y que se aplicaba esta pena á los que huian de galeras estando en ellas condenados por diez años. De las *leyes* 5. 6. *y* 7. *tit.* 11. *lib.* 8. *Rec.* y de otras consta, que lo mismo se practicaba en Castilla.

*Abolicion de dicha pena por el peligro de la desesperacion, reduciéndose á 10 años ménos quando hay nuevo delito.*

5 En el *cap.* 5. de la pragmática de 12 de marzo de 1771, despues de haberse hecho la distincion de reos de delitos feos y no qualificados con dicha qualidad, y despues de mandarse que los de la primera clase se han de condenar á los trabajos penosos de los arsenales en el modo, que se dirá luego, se dice, que los reos, á quienes corresponda la pena de dichos trabajos por la penalidad de ellos y temor de desesperacion, no pueden ser destinados á reclusion perpetua, ni para mas tiempo, que el de diez años, con la sola excepcion de que á los mas agravados, y de cuya salida se recele alguna grave inconveniente, se les puede añadir la qualidad, de que no salgan sin licencia; y que entónces, segun fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales, el tribunal superior, por quien fuere dada ó consultada la sentencia, puede con audiencia fiscal proveer su soltura, debiendo esta cumplimentarse por los intendentes de dichos arsenales con presentacion del decreto de libertad. El Secretario del Consejo de Guerra con fecha de 18 de febrero de 1772 escribió al Capitan General de Aragon carta, en que, con referencia á

aprobacion de S. M. se manda, que la pena, que impone la ordenanza de servir los desertores toda la vida en los regimientos fixos de Oran ó Ceuta, sea y se entienda por solos diez años. El Secretario del mismo Consejo en 23 de diciembre de 1777 participó á los capitanes generales, haber acordado el Consejo de Guerra, que se hiciese saber á todos los que correspondia del exército, que á ningun reo se le debia condenar á los presidios ni trabajos por mas tiempo que el de diez años en conformidad á la pragmática de 12 de marzo de 1771, y que el tiempo de diez años se entendiese prescrito para los que no tuviesen limitacion de tiempo. De 27 de marzo de 1778 hay carta del Sr. Marques Gonzalez de Castejon al Intendente del Departamento de Cartagena, constando de ella haberse mandado, que en atencion á ser el trabajo de las bombas el mas penoso, y uno de los desconsuelos, que induce los reos á la desesperacion, á ninguno se le hiciese servir en dicho trabajo mas que diez años, exceptuándose solamente los que por especial órden de S. M. se destinasen perpetuamente.

6 De 20 de febrero de 1781 hay carta del Secretario del Consejo de Guerra al Intendente del Departamento de Cartagena, con que se participó haber declarado el Consejo Supremo de Guerra, que la Real resolucion, para que no se imponga pena mayor que la de diez años, debe entenderse por una sola sentencia, y que siempre que los reos tengan algun recargo por nuevo delito deberán cumplirle; que por reclusion mayor de diez años es menester, que se dé aviso á los intendentes del departamento por las vias reservadas, ó por el mismo Consejo de Guerra, ó por el Sr. Gobernador del Consejo de Castilla. En 17 de fe-

brero de 1786 el Sr. D. Antonio Valdés participó á los Xefes de los Departamentos de Marina, haber declarado el Rey por infundada la duda propuesta por un Consejo de Guerra, de si por nuevo delito á reo, que tenia ya impuestos los diez años, se podian recargar otros diez. Se fundó la declaracion, en que de otro modo quedarian los reos impunes, quando condenados por un delito cometiesen otro.

7 En 28 de marzo de 1786 se expidió real cédula, en que, haciéndose mencion del *cap.* 5. de la pragmática de 12 de marzo de 1771, dice S. M., que enterado, de que por algunos tribunales se aplicaban indistintamente á personas de ambos sexôs por ociosos, malentretenidos, ó por otras causas, á lugares de correccion, hospicios y otros destinos por tiempo ilimitado, originándose de esto en gran parte, que los mismos destinados por el hecho de no prefixárseles tiempo se exásperen, no cumplan sus condenas, hagan fuga ó la intenten, resuelve por punto general, que por todos los tribunales sin excepcion se prefixe tiempo determinado á toda especie de destinos ó condenas, que se hicieren por las citadas causas ó por otras semejantes.

*La menor pena de reclusion es de dos años.*

8 Esto es en quanto al mayor tiempo de condena en reclusion, ó destino á trabajo ó ocupacion: por lo que toca al menor tiempo no hallo decisiones tan terminantes: y dependerá esto del arbitrio del juez, ó de las leyes respectivas á cada delito en particular, que ya prescriben los años determinados de reclusion, como se verá al hablar de cada uno de ellos. Sólo hallo en la *ley* 4. *tit.* 24. *lib.* 8. *Rec.*, que no se puede condenar á galeras por ménos tiempo, que el de dos años. De

los dos decretos de 5 de mayo de 1764, y de 17 de noviembre de 1790, de que hablaré en el *cap.* 5. *sec.* 2. *art.* 2. §. 13., parece tambien, que el menor tiempo, que puede corresponder de presidio, es de dos años.

9 De lo dicho resulta, que el mayor tiempo de reclusion es el de diez años, y que esta es la pena inmediata á la de muerte, quando se trata de arsenales y presidios, y que la menor en este género de castigos es de dos. No habiendo determinacion de tiempo en la condena por impericia del juez la *ley* 23. *Dig. de Poen.* previene, que se entienda condenado el reo por diez años. Lo mismo dice Peguera *cap.* 41. *num.* 11. Esto se entiende no habiendo conjeturas ó motivos, que persuadan lo contrario.

*No prefixándose el tiempo en la sentencia se entiende la reclusion por 10 años.*

## §. IIII.

### *De las penas de minas, galeras, arsenales, presidios y obras públicas.*

1 Hablemos ya determinadamente de cada una de las penas de reclusión, sin dexar de hacer mérito de las antiguas de minas y de galeras, parte porque estas últimas se han renovado desde el año 1785, aunque sin dexar por esto de seguir las de arsenales y presidios en quanto á muchos reos, y parte porque, habiéndose subrogado las nuevas en lugar de las antiguas, es preciso tratar de unas y otras.

*Necesidad de hablar de las penas antiguas de minas y galeras.*

2 La reclusion con destino á trabajar en minas de azogue, dice el Sr. Lardizabal en el *Discurso sob. pen. cap.* 5. §. 3. *num.* 12., que queda enteramente abolida. El castigo ó la pena de galeras es

*En lugar de qué pena se subrogáron las galeras, y qué concepto*

*se tuvo de ella.*

muy antiguo en España, y reputado por uno de los mas graves, como lo es en realidad, y de los que, siendo para siempre en tiempos antiguos, y en el dia para diez años, se ha reputado y reputa por inmediato á la pena ordinaria de muerte. Antiguamente por derecho de Castilla se conmutaba á arbitrio de los jueces la pena de muerte natural en esta de galeras, como se ha dicho en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 2. y que queda en el dia derogada esta facultad. La pena de galeras es la que nuestros autores regnícolas dicen haberse subrogado en lugar de la condenacion antigua de los romanos de deportacion y de la *in metallum*, de que se habla á cada paso en las leyes del derecho civil. Peguera en el *cap.* 56. del *tom.* 2. *de Decisiones* dice, que la pena de galeras segun la comun tradicion está subrogada en lugar de la deportacion y condenacion *in metallum.* Cortiada en la *decis.* 86. *numer.* 25. dice, que la pena de galeras entró en lugar de la condenacion *in metallum et in opus metalli*, citando á muchos autores.

3 En el derecho romano se distingue la condenacion *in metallum* de la *in opus metalli*, como se puede ver en la *ley* 28. §. 6. *Dig. de Poen.*, graduándose por mas grave la primera, como lo prueban muchas leyes y con evidencia la *ley* 8. §. 6. *Dig. de Poen.* Los condenados *in metallum* tendrian que trabajar precisamente dentro de las minas; los otros en las maniobras, que se hiciesen con lo que se sacase de ellas. En el *cap.* 86. *num.* 4. del *tom.* 1. *de Decisiones* de Peguera puede verse, que la pena del remo de galera *in perpetuum* se tenia en su tiempo por equivalente á la de echar en tiempos antiguos los reos á las bestias bravas. Con lo referido se puede conocer la gravedad de esta pe-

na, que se ha considerado inmediata á la de muerte, y aun de igual gravedad.

4 En el destino á galeras veo, que se distinguian antiguamente dos servicios, el uno del remo y de los ministerios mas baxos y penosos, y el otro de soldado militar: y que á los plebeyos se les condenaba en Cataluña al remo de galeras en tiempo de Peguera, y á los nobles á servir militarmente en lo que se proporcionase en ellas. En la *decis.* 86. de Cortiada *num.* 46. se dice, que la pena de galeras simplemente puesta en el *cap.* 68. de las cortes de 1599, y en otras leyes sin expresion del destino, que se ha de tener en ellas, no ha de entenderse para servicio militar, sino para servir al remo. Peguera en el *cap.* 56. del *tom.* 2. *de Decisiones* defendió lo contrario. En el dia es ociosa la disputa, porque los nobles se condenan á presidio.

*Dos servicios se consideraban antiguamente en las galeras.*

5 En lugar de la pena de galeras se subrogó la de arsenales y presidios en el modo, que diré luego: pero con real decreto de 16 de febrero de 1785, con motivo de quererse esforzar por todos medios el corso contra los argelinos, mandó restablecer S. M. á su real armada las galeras, y que los tribunales del reyno sentenciasen al servicio de ellas, como se practicaba antiguamente, á los reos, que lo mereciesen. Por esto no dexáron de quedar los arsenales y presidios: y como las galeras serán pocas, habiendo cesado ya el corso de los argelinos mediante la paz, queda ahora mas que en 1785 preciso el uso de la pena de dichos arsenales y presidios.

*La pena de los arsenales se subrogó en lugar de la de galeras, y restablecimiento de estas.*

6 La ordenanza última, que rige en quanto á estas penas, es la de 12 de marzo de 1771: segun el *cap.* 1. deben distinguirse dos clases de delitos: la una es de los no qualificados, que no suponen

*Distincion de delitos feos y no qualificados para la*

*aplicacion de dicha pena.*

en sus autores un ánimo absolutamente pervertido, y suelen ser en parte efecto de falta de reflexîon, arrebato de sangre, ú otro vicio pasagero, que no refunden infamia en el concepto político y legal; y la otra clase es de delitos feos y denigrativos, que, sobre la viciosa contravencion de las leyes, suponen por su naturaleza un envilecimiento y baxeza de ánimo con total abandono de pundonor en sus autores, contándose en este número todos aquellos delitos, á que segun las leyes del reyno se aplicaba pena de galéras.

*Los reos de delitos no qualificados deben destinarse á presidio, y cómo.*

7 Esto supuesto los reos de la primera clase por el *cap.* 2. de la citada pragmática, como que no son sospechosos de desercion á los moros, deben ser condenados á los presidios de África por el tiempo determinado, que les prefixáren los tribunales competentes, no debiendo exceder del término de diez años: y puestos allí, no dando motivo de otra calidad, han de ser tratados sin opresion, ni nota vilipendiosa, aplicándoles únicamente á las utilidades de la guarnicion y obras de los mismos presidios. En el *cap.* 3. *ibid.* se previene, que los reos de la segunda clase han de ser precisamente destinados á los arsenales del Ferról, Cádiz y Cartagena, en donde se les aplique indispensablemente por los años de su condena á los trabajos penosos de bombas, y demas maniobras ínfimas, atados siempre á la cadena de dos en dos, sin arbitrio ni facultad en los xefes de aquellos departamentos para su soltura, ni alivio, á menos de preceder para lo primero órden del Rey, y de concurrir para lo segundo causa de grave enfermedad, en cuyo caso han de ser tratados con humanidad, zelándose siempre la custodia.

*El destino á*

8 Con real cédula de 7 de diciembre de 1786,

expedida al tenor de lo mandado con decreto de 15 de agosto del mismo año, exponiéndose haber ocurrido varias veces, que los sentenciados al servicio en los baxeles de la real armada no pueden ser aplicados á él, ya por falta de proporcion, ya por la naturaleza de los delitos incompatibles con aquel servicio, quedando por consiguiente en el presidio hasta la extincion de sus condenas, resuelve S. M., que en consideracion á los mayores trabajos y pensiones, con que se les recarga en los presidios, se rebaxe á dichos reos la mitad del tiempo, porque hubieren sido condenados por las justicias.

*presidio se considera trabajo doble respecto del servicio en las armas.*

9 De 2 de marzo de 1787 se lee una carta circular del Sr. D. Pedro de Lerena á los capitanes generales é inspectores, en que se incluye copia de una de 27 de febrero del mismo año del Señor Don Antonio Valdés: en esta se decia, que con órden de 26 de junio de 1782 se mandó, que los desertores de segunda vez, aprehendidos sin iglesia, fuesen condenados á seis carreras de baquetas por doscientos hombres y diez años de servicio en los bageles; que esto ocasionaba crecidos gastos, cuidados de seguridad y facilidad de desercion; que, conformándose el Rey con el dictamen de la Junta de Estado, resolvió, que, aunque los referidos reos se condenen con arreglo á dicha órden, solo hagan servicio en los baxeles en los casos de absoluta necesidad, y que en los demas sean aplicados con cadena y calceta á los presidios de los arsenales; pero que en consideracion á las mayores pensiones y trabajos, con que se les recarga en este destino, solo extingan en él la mitad del tiempo de su condena, segun lo determinado por S. M. en 15 de agosto último para los demas

*y quándo debe el uno trocarse por el otro.*

sentenciados á baxeles, que por falta de proporcion quedasen en los presidios.

*Algunos reos destinados á presidios de Africa y Puerto Rico pueden enviarse á servir en los regimientos de Indias.*

10 Con real cédula de 4 de noviembre de 1787. mandó S. M., para mantener completo el Regimiento fixo de la Plaza de Manila y cuerpos veteranos de las Islas Filipinas, que se remita de España el número de desertores del exército y otros reos, que no siendo de delitos feos se destinan á Puerto Rico, y presidios de Africa, como se verá despues, y que se pongan dichos reos á disposicion del Secretario de Estado del Despacho de Guerra y Hacienda de Indias, siendo de su cargo disponer y costear la conduccion de ellos á Filipinas.

11 En el §. 15. *art.* 5. *sec.* 6. *cap.* 5. veremos comunicada en 12 de Mayo de 1791. una órden, para que á los reos, que no sean de mayor gravedad, ni tengan delitos de robos, y á quienes por vagos, malentretenidos, defraudadores de rentas y otras causas suele imponerse la pena de presidio en Africa, se les destine hasta nueva órden al servicio de las armas en Indias por el tiempo, que corresponda á la gravedad, y que se remitan al Gobernador de Cádiz.

*Quando empieza á contarse el tiempo de los reos condenados á reclusion.*

12 Hasta aquí se ha tratado de los reos, que han de condenarse á arsenales y presidios, y de la equivalencia y comparacion, que resulta de estas penas con otras por órdenes expedidas con relacion al asunto. Ahora ha de verse, quando empieza á correr á los reos el tiempo de la condena, no pareciendo justo, que si no hay culpa en dexar de cumplir, deteniéndoles en las cárceles, se les recargue aquel tiempo. Por nuestra *const.* 8. *de Pen. corpor.* estaba mandado antigüamente, que despues de quince dias de proferida la sentencia á los condenados á galeras les empezase á correr el tiempo

En el dia tenemos providencia general posterior, que puede entenderse comun á toda condena de reclusion, y es la órden, que cita el Sr. Elizondo en el *tom. 4. de su Pract. univers. pag.* 373., la qual dice, que se comunicó en 14 de setiembre de 1763 á la Sala de Corte de Madrid por el Sr. Gobernador del Consejo: se reduce, á que á los presos, sentenciados á reclusion por determinado tiempo, se les ha de descontar el de detencion en las cárceles por falta de ocasion para conducirlos á los presidios y arsenales, á cuyo fin debe especificarse dicho tiempo en las certificaciones y testimonios de sus condenas. Es esta una providencia justísima, y conforme con la *ley* 32. *Cod. de Poen.*

13 De 9 de julio de 1767 he visto citada órden, comunicada por la Junta del Tabaco, para que empieze á correr á los reos de contrabando de dicha renta el término de la pena de presidio desde el dia de la notificacion de la sentencia.

*De la conduccion de los reos condenados á reclusion.*

14 Por lo que respecta á la conduccion en el *cap.* 4. de la pragmática de 12 de marzo de 1771 está prevenido, que los reos condenados por la Chancillería de Valladolid, Consejo Real de Navarra, Audiencias de Galicia, y Asturias, y por los jueces de fuero privilegiado del territorio de estos tribunales, deben dirigirse á los arsenales del Ferrol, los de los Reynos de Andalucía, Provincia de Estremadura y Islas de Canarias á los de Cádiz, y los de Castilla la Nueva, Reyno de Murcia, y Corona de Aragon á Cartagena.

15 De 27 de enero de 1787 hay carta del Sr. Don Pedro Lerena á los capitanes generales de exército, con que se participó, haber mandado S. M. con motivo, de que los sentenciados á presidios menores, siendo aplicados á los trabajos de

la Ciudad de Málaga, se desertaban fácilmente, causando iguales ó mayores excesos que ántes, que quantos confinados lleguen á la caxa de Malaga por ladrones, facinerosos y contrabandistas sean inmediatamente remitidos á los destinos, que prefixan sus condenas, quedando solo en los trabajos públicos de aquella plaza, y sus inmediaciones los delinqüentes de corta gravedad, y los que por serlo vayan sin aplicacion fixa, y en quienes no haya el riesgo, de que desertando sean perjudiciales al estado; que los reos de graves delitos, que por su naturaleza piden destino á galeras, se confinen á ellas, como los que hayan escalado las cárceles ó los presidios, en que hayan estado.

16 Con la cédula de 4 de noviembre de 1787 ya se ha visto, que los desertores, que se envien á Filipinas, deben ponerse á la disposicion del Secretario de Estado del Despacho de Guerra y Hacienda de Indias.

*De quién debe costear los gastos de la conduccion.*

17 Con fecha de 29 de mayo de 1788 se expidió otra cédula, en la qual, refiriéndose lo mandado con la de 4 de noviembre de 1787 y varios recursos y dudas ocurridas sobre el modo de conducir los reos destinados á Filipinas y á cargo de quien esto quedaba, resuelve S. M., que quede solo á cargo de las justicias el remitir los reos hasta la respectiva cabeza de partido; que desde ésta haya de correr por cuenta de la real hacienda el gasto de la conduccion de los mismos reos hasta los depósitos generales de Cartagena, Cádiz y de la Coruña, dirigiéndose á esta última Ciudad aquellos, que si no fueran destinados á Filipinas, habian de llevarse al otro depósito general de Zamora, y que colocados dichos reos en las citadas plazas marítimas se pongan á disposicion del Mi-

nisterio de Guerra y Hacienda de Indias, para que ordene su embarque, su reunion en Cádiz, y su transporte á las referidas islas.

*De cómo deben licenciarse los que han cumplido el tiempo de su condena.*

18 En quanto á licenciar los que han cumplido sus condenas en arsenales y presidios puede tenerse presente lo dicho *num.* 5. del *cap.* 5. de la pragmática de 12 de marzo de 1771 sobre el modo y forma de despacharse los reos, de cuya salida de los presidios se recele algun grave inconveniente: por lo demás en general con la cédula de 7 de diciembre de 1786 se manda, que los intendentes de los departamentos sigan expidiendo pasaportes á los sentenciados por las justicias á los presidios de los arsenales, que cumplieren sus condenas: pero que pasen con tres meses de anticipacion al Gobernador del Consejo una noticia circunstanciada de los que estuvieren para cumplir, á fin de que se exâmine, si hay inconveniente, en que se retiren dichos reos á los pueblos de sus domicilios, y le exponga en este caso en el término prescrito el Sr. Gobernador á S. M.: pues, no habiendo este recelo, los cumplidos, dice la cédula, *han de quedar despedidos en el dia, que extingan sus condenas, respecto á que sin nuevo delito no puede recargárseles el tiempo de ellas.* Se previene en la misma cédula, que se estrechen las providencias, para que las justicias vigilen sobre estos individuos y su aplicacion.

19 Algunos reos parece, que se destinan á obras públicas sin determinarse arsenales y presidios, en que deban trabajar: y en estos casos parece que se quedan en las obras de fortificacion de las plazas de su provincia, ó corregimiento, en que se condenan los reos, ó en otras qualesquier obras, en que se trabaje de cuenta ó por órden

de S. M. ó del público, considerándose cada lugar, en que se tienen los reos destinados á dichos trabajos, como un pequeño presidio; y este mismo nombre de presidio se les dá con la denominacion del lugar, en que se halla: y con expreso destino á él se suelen tambien condenar los delinqüentes segun las órdenes, con que se hallen los tribunales en quanto al destino de los reos.

## §. V.

### *Del destierro y extrañamiento.*

*La pena de destierro no debe aplicarse á los que pueden dar mal exemplo.*

1 De las penas de arsenales, presidios y obras públicas paso á hablar del destierro. Esta pena, que por las razones dichas §. 1. debe contarse entre las corporales, y bastante grave por lo sentado en el §. 3., dice el Sr. Lardizabal en el *Disc. sob. pen. cap.* 5. §. 3. *num.* 36., que nunca ha de imponerse á hombres depravados, que puedan con su mal exemplo inficionar á otros: pues no es justo, que por libertar del daño á un lugar se vaya á causar á otro, teniendo todos igual derecho á la proteccion y cuidado del gobierno. Añade, que puede imponerse esta pena á aquellos hombres, que, conservando por otra parte la probidad y vergüenza cometen ciertos excesos, que no son incompatibles con la hombria de bien, y que aplicado oportunamente puede producir buenos efectos en las personas distinguidas por su nacimiento y por sus empleos.

*Dicha pena puede oportunamente aplicarse á los do-*

2 En este número parece, que pueden y deben contarse los reos de excesos en dos pasiones contrarias, el amor y el odio, para los quales he leido en algunos, que es muy análoga y pro-

pia la pena de destierro: ya se verifica en muchos de los que caen en estos delitos lo que dice el Sr. Lardizabal, esto es que puede ser en dichos casos útil la pena á los delinqüentes y á la vindicta pública sin perjuicio de ningun pueblo: esto último por la razon, de que no se suele perder del todo la probidad con esta especie de delitos, cuyo veneno sutil suele atosigar á muchos exêntos de otras faltas, y porque aun en la misma clase de delitos de amor ó de odio, por el que tienen á los objetos de sus pasiones, que han de dexar, no es fácil, que escandalicen ó cometan otros excesos de la misma naturaleza en los lugares, á donde van desterrados, quedándose mas su alma en donde ama que en donde anima, como dicen los poëtas: el escarmiento de la vindicta pública queda bien asegurado con esta pena, porque la que puede mortificar mas á un hombre poseido de amor ó de odio es quitarle de sus ojos y presencia los objetos, en que se ceba su pasion: la utilidad de los delinqüentes consiste en que, debiendo las penas servir para enmienda de los reos, puede el destierro, y la ausencia corregir insensible y suavemente el mal, de que adolece el que se sujeta á esta pena, porque el tiempo todo lo cura y va amortiguando de poco en poco el brio de la pasion. De esta manera pueden evitarse los peligros, en que está un hombre, amenazado con odio mortal de otro; volver en paz el marido con su muger; y descuidar el padre, teniendo léjos los seductores y otros, que dan justas causas de recelos: sirve así este castigo, no solo de pena proporcionada del delito cometido, sino tambien de medio, para precaver otros mayores, que es lo mejor que puede tener la pena.

*minados de amor y odio.*

*y á los reos de bandos y parcialidades.*

3 Lo que se ha dicho de las pasiones de amor y odio se verifica en parcialidades, facciones, y finalmente en todas quantas cosas se empeñan, y en que se precipitan los hombres por respecto de otros hombres, de lugares y cosas determinadas, que no se hallan en todas partes: han de considerarse semejantes vicios como locales, debiendo separarse con destierro de los respectivos lugares el que cometa algun exceso en estas cosas digno de severo castigo, y que por otra parte no parezca que deba llegar á reclusion en arsenal, presidio, plaza ó castillo.

*Tres especies de destierro por derecho romano, y la que en su lugar se ha subrogado.*

4 Tres especies de destierro distingue Marciano en la *ley* 5. *Dig. de Interdict. et releg.*, que todas son de uso en estos tiempos: la primera, quando al reo se le destierra de un solo y determinado lugar, como de su patria, domicilio, ó de la poblacion, en que ha cometido el exceso: en este caso puede libremente el que está condenado á esta especie de destierro ir á donde, y por donde le acomode, con tal que no esté ó no vuelva al lugar de su destierro: la otra especie es, quando al reo se le destierra de todos los lugares, ménos de uno determinadamente, como si se le manda ir á algun territorio ó provincia, y no salir de ella: de esto hay exemplos, entre otras leyes, en la 7. §. 5. 6. 8. y 9. *Dig. de Interdict. et relegat.*: la tercera especie es para mí una subdivision de la segunda, esto es quando el lugar, á que se manda ir el desterrado, es una determinada isla, en donde queda como en prision, que el mismo jurisconsulto en la citada *ley* 5. llama *insulae vinculum*, sin poder salir de allí. De esta especie de destierro, que llamaban relegacion los romanos, hay muchísimos exemplares y memoria á cada paso en

sus leyes. Era tan estrecho el nudo de esta obligacion, que ni la muerte le desataba: pues de la *ley 2. Dig. de Cadaver. punit.* consta, que sin permiso del príncipe no era lícito sacar el cadáver, ó las reliquias del confinado en alguna isla y enterrarle en otra parte: con todo era la relegacion muy inferior á la deportacion: ésta en la conduccion á la isla, y en el destino á obras públicas, sujetaba los reos con opresion y nota vilipendiosa: ya se ha dicho arriba, que las galeras y despues los arsenales fuéron el castigo subrogado en lugar de la deportacion, de que no hablamos aquí, por ser pena, que excede mucho los límites de lo que se comprehende comunmente con el nombre de destierro.

5 Por lo que se acaba de explicar puede verse, que la segunda especie de destierro ha de ser quando el lugar determinado sea mas espacioso, y comprehenda mas territorio que el de una isla, la qual debe en el último caso considerarse como una prision ó cárcel libre en comparacion de las regulares: por lo demas este destierro de la tercera especie tiene tanta analogía y semejanza con el de la segunda, que viene á ser uno mismo quitada dicha diferencia: y ya en algun modo lo indica el jurisconsulto en la *ley 7. §. 5. Dig. de Interd. et releg.*, bien que, como en efecto por la mortificacion es tan diferente y mayor, se habla de dicho destierro, como de naturaleza ó especie distinta de los otros dos.

*Utilidad del destierro á determinada isla ó colonia.*

6 Esta relegacion á cierta y determinada isla, ya sea segunda, ya tercera especie de destierro, puede ser útil, ó servir con mucha utilidad del estado, procurando fomentar la poblacion de alguna isla ú otro lugar reducido y proporcionado, en don-

de puedan fundarse colonias, ó acrecentarse las que hubiere, y convertirse en hombres de bien los malhechores con el mismo entusiasmo de novedad y de ensalzarse. Muchas colonias de la América no tienen ciertamente mejores fundadores, y la república romana no tuvo mas buenos principios. No obstante es tambien muy conveniente en esta especie de pena la moderacion, porque suele ser muy gravoso el mantener ó presidiar los lugares de reclusion.

*El lugar á que se destina el reo debe estar baxo jurisdiccion del juez que le destina.*

7 Tanto en la segunda, como en la tercera especie de los destierros referidos, la provincia, isla ó presidio, á que se envia el reo, debe estar baxo la jurisdiccion del magistrado, que profiere la sentencia, *ley* 6. §. 1., *ley* 7. §. 6. *y* 10. *Dig. de Interd. et releg.*: es evidente la razon, porque nadie puede mandar fuera de su territorio. De dicha *ley* 6. §. 1. consta, que el presidente de provincia no podia condenar á destierro ó á relegacion á determinada isla, sino de las que estuviesen en su territorio, y que quando relegaba á isla determinada y fuera de él debia escribir al emperador. Conforme á esto dice Peguera en el *cap.* 89. del *tom.* 1. *de Decisiones*, que, quando la Audiencia en su tiempo echaba alguno á reclusion en isla, se concebia la sentencia en términos de condenarle á la isla, que nombrase S. M.: y esto se lee á cada paso en los compiladores de las decisiones de nuestra Audiencia. En el dia, como S. M. y sus leyes tienen hecha ya la distribucion de los presidios, el defecto de jurisdiccion, que tenga por razon del territorio el magistrado, se suple por el que da la ley; y en conformidad á ella se destierra el reo á uno de los presidios de África ó á los arsenales arriba dichos.

*El presidio*

8 El presidio en el dia parece ser el subrogado

en lugar de la relegacion del tiempo de los romanos y de la pena, que á cada paso verémos aplicada por los autores y magistrados de Cataluña á varios reos confinados á isla en el modo indicado. *subrogado en lugar de la antigua relegacion.*

9 Despues del destierro, y como de pena mas grave que él, habla el Sr. Lardizabal en el *Discurso sob. pen. cap.* 5. §. 3. *num.* 37. del extrañamiento, con que se procede contra los eclesiásticos inobedientes y perturbadores de la pública tranquilidad, á la que regularmente acompaña la ocupacion de temporalidades y privacion de naturaleza: pero por lo mismo, que dice el citado autor allí, y por lo que consta de muchos lugares de esta obra, como del *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 5. *n.* 11. 12. 41. *y* 42., que el príncipe en el extrañamiento y ocupacion de temporalidades usa de la potestad económica, juzgo que el extrañamiento, aunque por muchos respectos sea mas grave, que el simple destierro, no debe comprehenderse en el número de penas, debiendo ser propio de estas el que se apliquen en virtud de jurisdiccion contenciosa y de sentencia formalmente proferida despues de substanciados los autos. *El extrañamiento no es pena, hablando en rigor de derecho.*

## §. VI.

### *De la aplicacion al servicio de las armas.*

1 Llegamos á la última de las penas corporales y de las mas ligeras, que casi no merece el nombre de pena, esto es la aplicacion al servicio de las armas. Ya se ha visto en el *lib.* 2. *tit.* 9. *cap.* 7. *sec.* 4., que los vagos y malentretenidos debian destinarse á este servicio, y en la *sec.* 1. *cap.* 4. se ha sentado, que este destino no es pena, sino providencia económica. Por otros delitos suelen tambien aplicarse *Este servicio no puede del todo aplicarse como pena.*

los reos al servicio de las armas: pero por la nobleza de esta profesion es manifiesto, que no se ha de abusar, y que ha de ser la aplicacion de modo, que casi no puede tener el destino á las armas concepto de pena, habiendo habido sobre esto varias disposiciones.

*Cómo debe por delitos proporcionarse dicho destino.*

2 Martinez Salazar en el *cap.* 32. de su *Col. de mem. y not. del Cons.* dice, que S. M. con órden de 28 de febrero de 1761 se sirvió declarar, que, aunque la profesion militar gozaba entre las demas de España del mayor lustre, se observaba una sobrada facilidad en condenar al servicio de las armas á reos de varios delitos; y que por esto resolvió, que en adelante por ninguno de los tribunales, jueces ó justicias del reyno se condenase á los reos de delitos, que tengan nota de infamia, á servir en la tropa por tiempo alguno, y que por los demas reos de delitos, que no tuviesen la expresada nota, ántes de pronunciarse la sentencia, que les correspondiese pòr ellos, debiesen los jueces explorar los ánimos de los reos, para saber si voluntariamente admitiesen el servir al Rey en su tropa por algunos años, y en este caso dispusiesen, que ofreciendo voluntariamente servir por aquellos años en los regimientos se les admitiese por gracia la oferta, y se les librase de la pena, que correspondiese. El mismo autor dice en el citado capítulo, que el Consejo hizo presentes á S. M. algunas dudas, expuestas por la Sala de Alcaldes de Corte, y que S. M. resolvió, que acordadas las sentencias ántes de publicarlas se executase lo prevenido en la referida órden de 28 de febrero; que las sentencias se escribiesen, y despues se pusiese el consentimiento del reo, concediéndole por gracia servir á S. M.; que lo prevenido en la ci-

tada órden no se practicase en casos de mucha gravedad ; que entre las penas que correspondiesen y los años de servir hubiese proporcion; y que se destinasen los reos á la tropa , sin que se dixese ser por pena, extendiéndose á los regimientos de pie fixo de los presidios de Africa

3 De enero de 1769 he visto citada órden, para que los que se destinasen por las justicias, intendentes y corregidores al servicio de las armas se aplicasen á los batallones de marina.

4 En el §. 4. *n*. 8. ya se ha citado la cédula de 7 de diciembre de 1786, con la qual se mandó, que á los sentenciados al servicio de la real armada, que por falta de proporcion, y delitos incompatibles con el servicio quedan en los presidios, se les rebaxe la mitad del tiempo de su condena. *A los ineptos para las armas se rebaxa el tiempo en presidio.*

5 El Sr. D. Pedro de Lerena en 1 de febrero de 1787 participó al exército, haber resuelto el Rey, que á los soldados, que sirven en virtud de las sentencias de las justicias, y por inútiles es preciso darles el retiro, se remitan por los xefes á los jueces, que los sentenciáron, avisándoles el motivo de su devolucion, á fin de que puedan imponerles el castigo correspondiente á la pena, que han dexado de purgar, no habiendo parecido justo, que en este caso quedasen impunes. *Deben regularmente devolverse á sus juecos.*

## §. VII.

### *De las penas, que no son corporales, y en primer lugar de las penas pecuniarias en general.*

1 Las penas no corporales dixe, que solo privan al hombre de sus bienes ó del derecho de que goza, ó solo le obligan á practicar alguna diligen- *Sobre lo que se filosofa en quanto á pe-*

*nas pecuniarias.*

cia, que no puede decirse aflictiva de cuerpo. Empecemos por las que le privan de los bienes, ó por las pecuniarias. Algunos filósofos de estos tiempos son de parecer, de que no debe admitirse este género de penas en una sabia legislacion: y no solo parece, que estan divididos en este particular los autores, sino aun los siglos y las naciones. Las septentrionales, los antiguos germanos, y otros muchos castigaban en otros tiempos casi todos los delitos con penas pecuniarias, ó daban facultad de evitar con dinero la pena corporal, como se puede ver en las leyes y en el lugar de Tácito, que cita el Sr. Lardizabal en el *cap.* 5. §. 5. *numer.* 1. *y* 2. *del Disc. sob. las pen.*: al contrario los chinos no aplican jamas estas penas, como dice el P. du Halde en el *tom.* 2. de la *Descripcion de la China*, citado allí mismo: lo propio dice Montesquieu *Esprit des loix lib. 6. cap.* 18. citando á Kempser. Tambien lo refiere de los peruanos Garcilaso en el *Coment. real part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 13.

*Razones con que se impugnan las penas pecuniarias.*

2 Pero, dexando aparte los estilos de diferentes naciones y la diversidad de tiempos, exâminemos filosóficamente las razones, en que pueden fundarse unos y otros, que no tanto debemos dirigir nuestras investigaciones á lo que se ha hecho, como á lo que ha de hacerse. Lo que refiere Garcilaso, que decian los peruanos antiguamente, que castigar en la hacienda, y dexar vivos á los delinqüentes, no era desear quitar los malos, sino la hacienda á los malhechores, y dexarlos con mas libertad, para que hiciesen mayores males, solo puede hacer fuerza para excluir el castigo de penas pecuniarias en delitos graves y atroces. Algunos autores he visto, que se fundan, en que las penas pecuniarias las desprecia el rico sin que le conten-

gan, y en que nunca pueden ser iguales y proporcionadas: pues es evidente, que una cantidad, que no será nada para un rico, ha de ser exôrbitante para un pobre, y que varía sin cesar la riqueza del estado, y con ella la de los particulares, dexando por consiguiente de ser de un año á otro proporcionada la pena, que lo hubiere sido ántes.

*Exâmen de ellas.*

3 No son ciertamente despreciables estas razones. El que el rico deba despreciar la pena pecuniaria no me hace mucha fuerza, porque por lo comun los ricos no son despreciadores del dinero: y quanto mas tienen y poseen tanto mas se suele encender su codicia de tener y poseer mas, en los pródigos para disiparlo en cosas de luxo, y en los avaros para atesorar. Con esto ya se les llega bien á lo vivo con las penas pecuniarias, con tal que no sean tan ligeras, como la de que se burlaba el malvado Neracio, de quien ya se ha hablado en el *capitul.* 3. *de los Prelim. num.* 6., que hacia seguir el esclavo con el bolsillo abierto, para pagar de contado á los que iba injuriando la pena establecida por ley: la segunda y tercera razon, de que no puede ser igual y proporcionada la pena pecuniaria por la variacion de tiempos y circunstancias, son ciertamente las mas embarazosas y de dificil solucion.

*Es plausible y no sólida la opinion de castigar con alguna parte de bienes sin fixar cantidad.*

4 En Filangieri me acuerdo haber leido, quando aun no estaba prohibida su obra por el Santo Tribunal, que puede obviarse dicho reparo con la prevencion, de que no se pongan penas pecuniarias de determinada cantidad, sino de la tercera, quarta, quinta, sexta, ó otra menor parte de los bienes del reo, que incurre en el delito: y de esta especie de penas pecuniarias hay algunas en la legislacion romana y en la Recopilacion. No tie-

ne duda, qué de este modo puede lograrse la igualdad, porque como la parte, en que se multa el delinqüente, es con relacion al patrimonio, tanto pagará habida proporcion el que, no teniendo sino cien doblones, ha de dar diez, como el que teniendo mil paga ciento: y será en este caso tan igual la cantidad en razon de pena, como desigual en razon de número: y en todos tiempos baxará, y subirá á proporcion con las riquezas del estado: pero estoy, en que esto es mas plausible, que sólido, ó que, si se quisiese hacer muy comun en los delitos, se tropezaria en un inconveniente grande, como el de los gastos, que se causarian en la execucion de la pena, ó en la liquidacion del patrimonio para fixar la parte correspondiente. Es increible lo que con estas liquidaciones se gasta, desapareciendo y consumiéndose todo en escribanos, y dependientes de justicia, de manera, que con los gastos de esta liquidacion á mi parecer recreceria muchísimo la pena, prescindiendo de los disgustos y vexaciones, que suelen causar estos procedimientos judiciales. Por esto me inclino á creer, que mucho mas de lo que se ganaria por un lado con el establecimiento de esta especie de penas se perderia por otro: para evitar este inconveniente es preferible en mi juicio el fixar la cantidad de la pena pecuniaria en suposicion de ser general su uso, y de ser ella poderosa para escarmentar á muchos. Es ésta una pena, que sin llegar á las corporales, que conviene excusar en quanto no sean necesarias, puede refrenar á muchos, y á ninguno mejor segun lo dicho, que á los que pecan por codicia, avaricia y amor desordenado á los bienes, como á los jueces y dependientes de justicia, y á qualqüiera especie de personas públicas, que que-

den convencidas de cohechos en sus empleos, á los defraudadores de rentas, que por el vil interes hacen profesion de contrabandistas con grave perjuicio del estado, ó por el mismo motivo se exîmen de pagar los legítimos y debidos derechos en muchas cosas. En estos y otros casos, y en contravenciones de policía puede muy bien aplicarse con utilidad de la república alguna pena pecuniaria: pero siempre nos queda en pie la dificultad en regular la proporcion.

5 Parece, que en caso de establecerse la pena pecuniaria lo mejor es buscar la que sea proporcionada para la gente mediana de la clase, que por lo comun suele cometer los delitos, que se quieren castigar con pena pecuniaria: de manera, que ni se busque la pena, que únicamente pueda contener á los pocos, que suele haber muy elevados y poderosos en aquella clase, ni la que ya pueda refrenar á los otros pocos, que son de los mas pobres y menesterosos. En todas las clases de la república pueden graduarse prudentemente las facultades de modo, que con corta diferencia se encuentren las mismas en todos, siendo pocos los que sobresalgan, y levanten mucho la cabeza sobre los demas, y los que no lleguen á dexarse ver entre ellos. Ninguna de estas dos especies, que van por extremos opuestos, parece que ha de tenerse presente, sino la de los que forman el medio: y la pena proporcionada para los de esta especie puede cómodamente establecerse para todos: esto no se puede apurar con peso de oro: por todas partes hay inconvenientes: y en estos casos ha de preponderar el menor en la balanza política. *Quál es la que puede fixarse.*

6 Lo que nunca debe perderse de vista en la imposicion de estas penas es el no arruinar al reo,

y el que para exîgirlas no se haya de llegar á extremos, privándole de continuar en su oficio, y obligándole á vender los instrumentos necesarios, ó imposibilitándole los medios de su subsistencia y de la de su familia. De no tenerse bien presente esto sucede, que sin corregirse los delinqüentes se precipitan á otros excesos con toda su familia, reducida á la indigencia ó miseria: cosa que debe mirarse con horror en toda buena legislacion, porque es de malísimas conseqüencias, trocándose el antídoto en veneno.

*En caso de no poder pagar el reo la pena pecuniaria corresponde alguna corporal moderada.*

7 Quando se trata de gente tan pobre en su clase, que nada puede pagar, conviene valernos de la regla, que es general en este punto de penas pecuniarias, y recibida comunmente en todas naciones, que el que no puede pagar con dinero, pague con su pellejo, ó con su cuerpo, *qui non habet in aere luat in pelle, qui non habet in aere luat in corpore.* Este axîoma parece que se ha sacado de la *ley* 7. §. 3. *Dig. de Iurisdict. omn. iudic.*, de la *ley* 1. §. *últ. Dig. de Poen.*, de la 12. §. 5. *al fin. Cod. de Aedif. privat.* y de la *ley* 6. *Cod. de Sepulc. viol.* A algunos choca como cosa agena de humanidad castigar el cuerpo del pobre, porque no tiene dinero, y dexar impune el del rico porque le tiene: pero ello es, que el reo delinqüente merece castigo; que el de una pena pecuniaria se supone proporcionado; y que por no tener, con que pagar el que está falto de bienes, no debe quedar sin castigo: en este caso, no pudiendo pagar con una pena, es necesario buscar otra, siendo incontestable que merece alguna: y no hay otro recurso, que el de una pena corporal. No dudo que ésta en dicho caso ha de ser ligera, comparada con las otras penas aflictivas, y que una

pequeña mortificacion de algunos dias de carcel y arresto equivaldrá fácilmente á la pena pecuniaria.

8 La opulencia diferente de la nacion segun los diversos tiempos no tiene otro remedio, que la vigilancia del gobierno, atento y solícito, para que en caso de hallarse aumento ó baxa de consideracion perpétua y duradera para largos tiempos se suban ó baxen las penas pecuniarias. Segun el Sr. Lardizabal en el *Disc. sobre penas cap.* 5. §. 5. *num.* 8. la Emperatriz de las Rusias en la instruccion, que hizo para la formacion del nuevo código de leyes, dice, que sería conveniente renovar de cincuenta en cincuenta años las penas pecuniarias.

*Las penas pecuniarias deben subirse ó baxarse segun los tiempos.*

## §. VIII.

### *De las multas.*

1 Las penas pecuniarias deben considerarse de dos especies: la primera, quando la cantidad está determinada por la ley, quitando todos los bienes ó parte de ellos: y la otra, quando no lo está, sino dependiente del arbitrio regulado del juez: en estos casos comunmente se llama multa la pena, que se impone, bien que tambien lo es, y tal suele llamarse la otra, aunque no tan corrientemente. No hay mas que decir de estas penas en particular de lo que se ha dicho al hablar de ellas en general én el §. antecedente.

*Qué es lo que regularmente se entiende en nombre de multa.*

2 En un edicto publicado con fecha de 20 de diciembre de 1773 por el Sr. D. Joseph Lardizabal Regente de Cataluña, como subdelegado de penas de cámara, leo en el *cap.* 3., que con provision de 4 de octubre de 1748 se mandó á las justicias, que de todas las condenaciones de aguas,

*De la explicacion de las multas.*

campos, concejos ó gremios, aprobados por el Consejo, en que no tuviese parte alguna la real cámara, deben hacerse quatro partes, la una para la misma cámara, y las otras para los fines de cada ordenanza, y que las condenaciones de ordenanzas no aprobadas deben dividirse en tres partes, aplicándose la una á la misma cámara, como derecho perteneciente á S. M. y las dos restantes para dichos fines. Lo mismo se puede ver en Martinez *lib. de Juec. tom.* 1. *cap.* 4. *num.* 9. *cap.* 5. *num.* 210., y que en las ordenanzas, que en adelante aprobare el Consejo, toda condenacion se divida en cámara, juez y denunciante. En el *n.* 18. del mismo edicto se lee, que de todas las multas y penas extraordinarias y gubernativas, que impongan gobernadores y corregidores, siempre se ha de aplicar la mitad á la cámara, y la otra mitad para los gastos de justicia, como se practíca con las multas, que se imponen por decretos para cumplimiento de las órdenes, que dan los jueces. En el *num.* 22. *ibid.* se lee, que los pueblos de señorío, que hagan constar declaracion del subdelegado general de pertenecerles las penas de cámara, se han de encabezar por gastos de justicia, y que, quando se nieguen á ello, se les ha de obligar á llevar cuenta y razon del producto de estos, que debe ser la mitad de las condenaciones correspondientes á penas de cámara con la pena de veinte mil maravedís, que previene la real provision del año 1716 si faltasen á presentarla con su producto en el fin de cada año. Hallo en mis extractos, que al pie de la instruccion de 27 de diciembre de 1748, que es la última ordenanza, que rige en quanto á penas de cámara, se lee la siguiente nota: *Los extravíos, que se hicieren á los usureros, agavilladores, ó otros de*

*esta naturaleza, reducidos á dinero, sacados los gastos de la causa, se repartirán entre juez, denunciador y cámara: las multas sacadas por los bandos de qualquiera condicion de la misma manera, pagando la causa, si la hubiere, el acusado: las que se sacan de las cofradías aprobadas por tribunal real deben aplicarse á la real cámara: de las que sacan los almotacenes debe aplicarse una tercera parte á la real cámara, y las dos restantes segun costumbre y práctica, con tal que no falte jamás una tercera parte al almotacen: de las que se imponen por decretos para cumplimiento de las órdenes, que dan los jueces, la mitad á la real cámara, y la otra mitad para gastos de justicia.*

## §. VIIII.

### *De las confiscaciones.*

1 Las confiscaciones tambien pueden reducirse, y todos los autores las reducen, á penas pecuniarias, ya porque comprehenden el dinero entre los demas bienes, ya tambien, porque todas quantas relaciones pueden tener los bienes de los hombres son con respecto al valor del dinero, en que se estiman. Esta pena se llama confiscacion, porque despoja á los que incurren en ella de sus bienes, y los traspasa al fisco: y, como puede adquirir todos los bienes el fisco en fuerza de la pena, ó solamente parte de ellos, la confiscacion puede serlo de todos los bienes, como sucede en algunos delitos, de lo que se hablará despues, ó de algunos no mas, como se suele practicar en todas partes en los géneros y frutos de ilícito comercio ó de introduccion y extraccion clandestina con de-

*Qué es lo que se entiende en nombre de confiscacion.*

fraudacion de derechos, y en otros casos semejantes, de que se verán muchos en el *capit.* 5. *sec.* 6. *art.* 5.

*Razones y autoridades con que se impugna la confiscacion de todos los bienes.*

2 Contra la confiscacion de todos lo bienes estan terribles muchos filósofos de este siglo, y no ménos con ellos el Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre penas cap.* 5. §. 5. *num.* 9. y siguientes, resolviendo desde luego, que se sigue mas perjuicio que utilidad de esta pena, haciendo sufrir con ella á los inocentes de una familia, despeñada en el abismo de la miseria y de la infamia por los delitos agenos, y conduciéndolos á la desesperada necesidad de cometer delitos. Dice el mismo autor, que los romanos no usáron esta pena ántes de Julio Cesar; que introducida por éste no tuvo observancia por algun tiempo hasta que otros emperadores, para enriquecer el erario, mandáron, que qualquiera pena capital de deportacion ó esclavitud contuviese tácitamente la confiscacion de todos los bienes de los reos, aun quando no se expresase en la sentencia: cita las *leyes* 1. *y* 2. *Dig. de Bon. damnat.* y las 2. *y* 4. *Cod. de Bon. proscript.* Cita la *novela* 17. *cap.* 12. del Emperador Justiniano, en que éste dice á Triboniano: *conviene que pongas todo cuidado en castigar á los que lo merecen, pero sin llegar á sus bienes, los quales deben pasar á sus parientes, y á los que les corresponden por la ley, segun el órden establecido por ella: pues no son las cosas las que delinquen, sino los que las poseen: y es invertir el órden quitar los bienes á los delinqüentes y dexar libres sus personas, castigando de esta suerte en lugar de ellos á otros, que son llamados tal vez por la ley á la succesion.* Admira despues, que sin embargo de tan sólidas razones, y de ser generales á todos los casos, la restringiese el mismo Empera-

dor por la *novela* 134. *cap. últ.*: en ésta se determinó, que á ningun condenado por qualquiera delito que fuese se le confiscasen los bienes, si tenia ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, disponiéndose que solo en defecto de dichos parientes se aplicasen al fisco, reservando al mismo tiempo á la muger la dote, la donacion *ante nuptias*, y qualquier otro derecho, que tuviese por ley: pero excluye Justiniano de esta regla el delito de lesa magestad, mandando guardar en él las leyes de sus antecesores, que imponian pena de confiscacion de todos los bienes con la sola excepcion de la dote de la muger. Dice el citado autor, que las utilidades y ventajas, que pueden seguirse de las confiscaciones de todos los bienes, no son comparables con los males, que pueden causar por su naturaleza, particularmente si son muy freqüentes, y en especial en las monarquías, en donde son grandes, y muchos los recursos para mantener todas las obligaciones y el esplendor de la corona.

3 En realidad el lucro del fisco es una riqueza aparente; y lo que gana él por un lado con la destruccion de una familia lo pierde por otros muchos, si se tiene bien presente, lo que se ha escrito en el tratado de economía sobre lo que conviene la poblacion, riqueza, giro, actividad, y comercio de los vasallos, á quienes se han de poner en las manos los instrumentos para trabajar, dar casas y moradas para vivir, léjos de quitárseles.

4 Fuera de esto en los mayores delitos, en que suele tener mas lugar la confiscacion de todos los bienes, parece que la excluyen el fin y la naturaleza de las penas. ¿Qué necesidad hay de qui-

tar los bienes, á quien se quita la vida? ¿y de que freno en quanto á los otros, que han de escarmentarse, puede servir la pérdida del patrimonio á quien no contiene la del honor y de la vida?

*Titulo con que en algun grande crimen puede defenderse.*

5 No se atreve el Sr. Lardizabal á tachar de injustas las leyes de confiscaciones, distinguiendo bien entre la pena y la calamidad, y reconociendo, que por la segunda, y no por la primera quedan privados los hijos en casos de confiscacion de los bienes de sus padres: y no hay duda, que las razones opuestas á la confiscacion pueden tener salida, porque hay muchos, en quienes mas, que el temor de la muerte, obra el deseo de dexar acrecentados y prosperados á sus hijos, especialmente en la clase de gente elevada: y el derecho de sucesion legítima de los hijos, que son los mas privilegiados, se ciñe al caso, en que el mismo padre pueda disponer de ellos no quitándosele por la pública causa y utilidad, la qual pide para el escarmiento general, que se quiten todos los bienes á algunos reos de delitos atroces, á pesar de que de rechazo hiera esto á los hijos.

*En Cataluña solo la hay en crimen de heregía y de lesa magestad.*

6 En Cataluña solo hay confiscacion de bienes en el crimen de heregía y lesa magestad *in primo capite*, *const. ult. Dels bens dels condemnats*, Peguera *tom.* 1. *Decis. cap.* 36. *num.* 11., Calderó *dec.* 55. *num.* 35. *y* 36.

*En Castilla en algunos otros casos.*

7 Por lo que toca á las leyes de Castilla dice el Sr. Lardizabal *ibid. num.* 13., citando la *ley* 2. *tit.* 2., la 5. *tit.* 31. *part.* 7., que en substancia determinan lo mismo, que la constitucion de Justiniano, y que parece haberse sacado de la de Justiniano dicha *ley* 5. con la sola diferencia, de que la pena de la confiscacion de todos los bienes por las leyes de Partida se extiende á mas casos, que

la del Emperador Justiniano. Esto podrá verse en la enumeracion de los delitos.

8 Estas penas de confiscaciones, aun quando deban imponerse con toda su severidad, solo han de tener efecto en los bienes adquiridos por el mismo delinqüente, y no en los que por derecho, y sin arbitrio suyo deben transmitirse á los succesores, como previene el Sr. Lardizabal *ibid. num.* 15. citando la *ley* 3. *Dig. de Interdict. et relegat.*, que es terminante para esto. En ella, despues de haberse dicho, que por el delito del padre pierden los hijos los bienes, que les habian de venir por su padre, se añade: *pero aquellos, que les vinieren por sus parientes, por la ciudad, ó por la naturaleza de las cosas, deben quedarles ilesos, porque se les diéron sus mayores y no su padre.* Esto es evidente, y la razon natural dicta bien la distincion de esta ley, y de los bienes, que no son del padre sino en quanto vive, ó puede disfrutarlos: lo mas que puede pedir el fisco, y ganar en esta especie de bienes en caso de confiscacion, es el usufructo del tiempo de la prision ó de lo restante de la vida, si el reo no se condena á muerte. En nuestra *const.* 3. *dels Bens dels condemnats* se previene expresamente, que la confiscacion de bienes en los casos, en que tiene lugar en esta provincia, es sin perjuicio de los acreedores, que los poseen por sus créditos, y salvos los derechos de la muger en la dote y donacion *propter nuptias.*

*La confiscacion es siempre sin perjuicio de acreedores anteriores, y de vínculos.*

9 La segunda especie de confiscacion es muy regular y corriente en los bienes libres: y esta pena, que no es tan fuerte, como la de todos los bienes, por no ser tanto lo que coge, lo es en los casos de contrabando, en que por lo comun estan puestas estas especies de confiscaciones, por el modo

*La confiscacion de parte de bienes es muy corriente, y celeridad con que obra.*

executivo, con que obra la adquisicion al fisco, y porque hasta los instrumentos, acémilas y carruages, en que se hallan las cosas, por razon de las quales se cae en comiso, son perdidas. Quanto á lo primero, desde el punto, que se contraviene á lo que se manda con pena de comiso, queda la cosa perdida por su dueño y adquirida en aquel mismo instante al fisco, como prueban las *leyes* 8. *y* 14. *Dig. de Publican. et vectig.*, generalmente recibidas en todos los estados, de manera, que si alguno hubiere incurrido en comiso, y no se hubiere descubierto hasta despues de su muerte, en caso de verificarse la contravencion la cosa comisada iria al fisco con exclusion del heredero. Quanto á lo segundo se verán en el *cap.* 5. *sec.* 6. *art.* 5. §. 2. las leyes, que sobre esto se han publicado.

## §. X.

### *De las inhabilitaciones y privaciones de empleos, y de algunas facultades.*

*Pena de inhabilitacion para empleo.*

1 Entre las penas no corporales dixe ántes y repito ahora, que deben contarse las de inhabilitar á alguno para los empleos ó honores, ó para alguno de ellos, y que en la *ley* 7. §. 20. 21. *y* 22. *Dig. de Interdict. et releg.* se habla de esta especie de castigos.

*Ella obsta pará los empleos superiores, y no para los inferiores, y no libra de lo gravoso.*

2 En estas parece estar generalmente recibido, que el que está inhabilitado ó privado de pretender ó aspirar á algun empleo ó honor, se entienda estarlo á todos los superiores con exclusion de los inferiores de el que se le priva, *ley* 4. *Dig. de Senator.*, *ley* 7. §. *ult. Dig. de Interdict. et relegat.*: está igualmente recibido, que el que se halla pri-

vado de aspirar á honores no se entienda lograr inmunidad de lo que sea gravoso y cargo, *ley 7. §. 22.*, *ley 8. Dig. de Interdict. et releg.*: de otro modo los delinqüentes sacarian utilidad y ventajas de su mismo delito.

3 Estas penas suelen ó pueden darse á los que abusan de sus oficios, ó no se manejan en ellos del modo, que deben, y corresponde al bien del público, ya sea por falta de entereza, ya por ignorancia afectada y culpable, debiendo qualquiera, que exerce un empleo, saber todo lo que se necesita para el desempeño.

*A quiénes suele aplicarse dicha pena.*

4 De esta especie de penas hay muchos exemplos en las leyes romanas: y en conformidad á ellas todos los dias se aplican. En la *ley 9.* desde el principio hasta el §. 11. *Dig. de Poen.* se significan los diversos modos de penas de semejantes privaciones, con que á los abogados se les prohibe absolutamente el exercer la abogacía, ó solamente en algun tribunal ó tribunales, ó únicamente con relacion á ciertas personas; á los escribanos el hacer instrumentos; á los comerciantes el negociar, y á otros la administracion é intervencion en negocios públicos.

*Muchos exemplos de ella en las leyes romanas.*

5 En los delitos, que turban la quietud y buena harmonía de las familias, y aun del público, se suele privar á los delinqüentes de ir á alguna parte, como por exemplo de freqüentar una casa, en que el marido tiene quejas y fundadas sospechas, ó en que por otros motivos suelen moverse riñas y discordias.

*Pena con que se priva á alguno de ir á alguna parte, no debe contarse entre las corporales.*

6 Aunque en este caso el cuerpo queda privado de la libertad natural, como ántes dixe, que sucede en el destierro comprehendiéndose por este motivo entre las penas corporales, con todo,

ya porque es poca la incomodidad, ó pequeña la libertad de que se priva al cuerpo en dicho caso, ya porque el fin principal no es el de mortificar con aquella privacion al delinqüente, sino precaver el que vuelva á delinquir, ciñendo la libertad, de que abusa el reo en quanto al determinado lugar, de que se le priva, no cuento, ni parece, que deba yo contar esta pena entre las corporales.

*Lo mismo se dice de la palinodia.*

7 Lo propio debo decir de la palinodia ó satisfaccion, que se manda dar por injurias, y de otras semejantes penas, en fuerza de las quales aunque el cuerpo ha de concurrir y prestar su ministerio, yendo por exemplo á la casa ó lugar, en que debe el reo desdecirse ó dar satisfaccion, ni esto es incomodidad particular del cuerpo, ni se le obliga á esto para mortificarle: el ánimo es el que únicamente padece en obrar en semejantes casos.

*El apercibimiento no es pena.*

8 El apercibimiento muy estilado en nuestros dias, y usado por los romanos, segun consta de la *ley* 19. *Cod. Ex quib. caus. irrog. inf.*, pudiera reducirse á esta clase, si fuese en realidad y propiamente pena: mas no lo es; y solo se suele dar, quando no puede probarse plenamente el delito para el efecto de aplicar alguna pena, y quando hubo motivo para proceder, sin que se haya destruido por el reo el cargo, ó se haya él bien purgado: fuera de estos casos no debe apercibirse á nadie: porque, aunque el apercibimiento no sea pena, no dexa de menoscabar la opinion y fama del apercibido.

*Incluye las costas.*

9 Tambien creeré, que generalmente esté recibido, que el que se apercibe paga las costas causadas en los procedimientos: pues por lo mismo, que acaba de decirse, se vé que en este caso hubo causa para proceder.

## §. XI.

### *De las penas arbitrarias.*

1 He hablado de todas las penas desde la mas alta á la mas baxa, pudiendo bien conocerse por su mismo órden, y por lo que se ha ido notando, quáles son las mayores, y cómo pueden baxar á proporcion de lo que baxen los delitos. En qualquiera buena legislacion deben imponerse las penas mayores á los mayores delitos, empezando por la que se tenga mayor en el delito mas atroz, y disminuyéndose los grados de pena proporcionalmente, y con respecto á los que vayan disminuyendo los delitos, como ya dixe ántes. Pero el caso es, que como los delitos son tantos, é infinitos los modos y las formas de reproducirse la malicia humana, así como es imposible hacer leyes, que comprehendan todos los casos, que puedan acontecer de contratos y últimas voluntades, como se ha dicho en el *cap. 3. de los Preliminares num. 9. hasta el* 16., lo es tambien el prevenir todas las penas para todos los delitos, siendo tanto, como se ha visto, lo que hay que distinguir en cada uno de ellos, ya por la voluntad, libertad y advertencia, ya por las circunstancias extrínsecas, distinta naturaleza de unos delitos respecto de otros, y complicacion de delinqüentes y de delitos, que hacen variar infinito los casos, de que habláron los legisladores. Este apuro de no tener ley terminante para el caso, que se ofrece, en que varias veces se hallan los que tienen experiencia y práctica de negocios, obliga á dexar algunas penas al arbitrio del juez.

*Necesidad de penas arbitrarias.*

2 Fuera ciertamente muy bueno, que los ma-

gistrados no tuviesen ningun arbitrio: pero esto es mas para deseado, que para conseguido: luego está dicho por exemplo, que al juez, que se hubiere dexado cohechar con dinero, se le multe en la restitucion de lo que cobró, y en pagar otro tanto, ó el dos ó tres tanto de lo que recibió con quatro ó seis años de presidio: ¿pero si el juez hubiere recibido el dinero para matar ó castigar con pena corporal y afrentosa á algun inocente, no subirá mucho de punto la malicia del delito? ¿y no será justo, que atendidas estas circunstancias se haga en dicho caso lo que manda la *ley* 7. §. 3. *Dig. Ad leg. iul. de repetund.* con la 25. *tit.* 22. *part.* 7. que en juicio de residencia pueda ser castigado el juez á proporcion de la malicia del cohecho? ¿el fin, para que ha recibido el juez el dinero, quántas variaciones de casos puede hacer, y quánta diversidad de penas puede pedir? Lo mismo, y por razon semejante se mandó en el plagio, aplicándose en este crímen la pena *pro delicti modo*, como dice la *ley ult. Dig. Ad leg. fab. de plagiar.*: lo propio dispone la *ley* 4. §. 2. *Dig. Ad leg. iul. pecul.* de los mismos plagiarios, de los sacrílegos, y de los ladrones *prout quisque deliquerit*: igual disposicion se lee acerca de los calumniadores y otros delinqüentes.

3 Fuera de esto hay delitos, cuya gravedad depende mas de infinitas circunstancias extrínsecas, que de la naturaleza de ellos, en los quales es casi tan dificil determinar la pena, como los millares de casos complicados y revueltos, que hacen variar la cosa hasta lo infinito. De esta especie es el crímen de falsedad: el que sea este delito grave ó leve depende absolutamente de las circunstancias extrínsecas: el que miente de pala-

bra ó por escrito en alguna carta es falso: pero puede serlo en una bagatela despreciable, y en una cosa grave: si la falsedad se cometió en juicio ó fuera de él; si por persona pública ó particular; si en moneda, pesos, medidas, instrumentos, mojones ó parto; si con daño de la salud y vida de los hombres; si en cosa de poco ó mucho valor; si podia tener, ó tuvo mas ó ménos fatales conseqüencias, son circunstancias, que cada dia ocurren, y hacen pasar el delito, que puede ser uno de los mas leves, á crímen de lesa magestad: de manera, que en esto casi es preciso dexar la pena arbitraria, á fin de que se aplique, segun lo que se ha dicho ántes de voluntad, libertad, advertencia, circunstancias extrínsecas, y alteracion del órden publico, estableciendo algunas penas determinadas, que sirvan para los casos mas freqüentes, y para gobernar el juicio en los demas.

*Distincion que puede servir para la imposicion de dichas penas.*

4 En el establecimiento de estas penas parece, que prescritas las regulares con la distincion correspondiente á la voluntad, libertad, advertencia, circunstancias extrínsecas, y alteracion del órden público en cada uno de los delitos mas freqüentes, podria en los de ménos uso servir y guiar una distincion de penas con relacion á la que puede considerarse en los otros. Los delitos pueden cometerse con la malicia regular, ó con circunstancias, que notablemente la agraven, ó que notablemente la disminuyan: y con relacion á esta distincion parece, que tanto en la legislacion, como en la interpretacion de las leyes, y aplicacion de penas arbitrarias, pueden cómodamente distinguirse tres especies de penas en cada delito, correspondientes á él en cada uno de los tres grados de malicia, que pueden considerarse en los delitos.

*El arbitrio en dichas penas ha de ser regulado, y cómo.*

5 En los casos de la jurisprudencia romana, en que se habia de conocer *extra ordinem*, estó es, en que no habia ley determinada para decidir el juicio, debia tambien el juez aplicar la pena arbitraria, mas ó ménos grave segun le pareciese, *ley* 13. *Dig. de Poen.*: pero de esta misma ley es manifiesto, que no era la pena arbitraria en términos que pudiese aplicar el magistrado la que quisiese de libre alvedrío, sino con voluntad gobernada por razon: *hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem: ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat*: no ha de ser despótica la voluntad del juez en aplicar la pena aun en los casos, que sea arbitraria, sino regulada y bien gobernada: ni aun ha de regularse, como la regularia el juez si fuese legislador, sino en calidad de juez, atendiendo á las leyes, y juzgando por lo que ellas disponen en los casos, de que tratan, lo que por equivalencia de razon debe executarse en los otros, que de nuevo ocurren. El Sr. D. Cárlos III. explicó del mejor modo que se puede esto, debiendo lo que dice servir de ley, porque lo es, y muy justa y sabia. *Mando asimismo*, dice S. M. en la pragmática de 12 de marzo de 1771, que es la *ley* 13. *cap.* 6. *tit.* 24. *lib.* 8. *Rec.*, *á todos los jueces y tribunales con el mas sério encargo, que á los reos, por cuyos delitos segun la expresion literal, ó equivalencia de razon de las leyes penales del reyno, corresponda la pena capital, se les imponga esta con toda exâctitud y escrupulosidad, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia, ni de una remision arbitraria.* Conoció bien S. M. lo que dice el jurisconsulto Juliano en la *ley* 12. *Dig. de Legibus*, y que ignoran los que piensan saber muchos presumidos de sa-

bios, que las leyes no pueden comprehender todos los casos posibles, y que, para quando vengan los que no estan literalmente en la disposicion de la ley, se ha de gobernar el juez por la mente, extendiéndola á los casos semejantes con su arbitrio, guiado con la equivalencia de la razon sin declinar á ningun extremo.

6 El arbitrio, que da la citada *ley* 13. *Dig. de Poen.* y otras, no amplia las facultades de los jueces, sino que las estrecha, precisándoles á mucho y penoso estudio con buena dialéctica y crítica de todo el derecho natural y de las leyes patrias, exâminando bien las palabras de cada ley, su sentido, el fin, que se tuvo en publicarlas, y el motivo, con que se dió impulso, cotejando despues bien todas las circunstancias de los casos, que ocurren, con los que estan literalmente prevenidos en las leyes. Este es el único arbitrio, que permite el derecho, previniéndose en el mismo, como se puede ver en la *ley* 1. §. 1. *Dig. de Efractor.*, en Peguera *tom.* 1. *Decis. cap.* 1. *num.* 3. y en Fontanella *decis.* 169. *num.* 8. *hasta el* 11., que quando la ley no pone pena determinada ha de ser ésta arbitraria.

*En la facultad de aplicar pena hasta de muerte se incluye ésta.*

7 En el caso de dar la ley expresamente arbitrio al juez, para que imponga la pena segun las circunstancias con la expresion, de que pueda aplicar la que juzgue hasta la de muerte, se ha dudado, si se ha de entender ésta *inclusivè*, como dicen, de modo, que tambien pueda imponer el juez pena capital. Esto opina Peguera en el *tom.* 1. *Decis. cap.* 84., y trae que en fuerza de dicha expresion en 1604 se ahorcáron en Barcelona tres reos condenados con sentencia, que se confirmó en grado de suplicacion.

## §. XII.

### *De las penas, que se han de aplicar en Castilla y en Cataluña.*

*De la aplicacion de penas en Castilla.*

1 Al hablar de cada delito en particular notaré las respectivas leyes, que imponen las penas, con la distincion de Castilla y Cataluña: pero aquí conviene decir algo en general sobre este punto. En las Instituciones del Derecho de Castilla de D. Miguel Manuel y de D. Ignacio Aso en el *título* 20. ántes del catálogo alfabético, que se pone en él, de las penas segun el derecho de Castilla con individuacion de casos, se lee lo siguiente: *pero es bueno advertir, que la práctica ha alterado las penas en muchos de ellos.* Lo mismo se puede vér en el Sr. Lardizabal en el *Discurso sobre las penas cap.* 2. *num.* 35.: no obstante en esto es menester ir con mucho cuidado, y atenerse á lo que los autores dicen en aquellos determinados casos, procurando afianzarse en alguna de las leyes posteriores, y en el espíritu de la nueva legislacion, con que queda derogado el derecho antiguo: yo, para guiar en lo que pueda, procuraré citar muchas veces, no solo las leyes, sino tambien los autores.

*De lo mismo en quanto á Cataluña.*

2 En la *decis.* 22. de Amigánt *num.* 73. se dice, citando á Berart, que en Cataluña comunmente todas las penas son arbitrarias, y que por la dificultad de graduar la malicia de los delitos por razon de infinitas circunstancias, que los diversifican, se dexó esto al arbitrio de los jueces, advirtiendo en el *num.* 100., que este arbitrio no es del todo libre. En el *cap.* 27. de *Nuestra Nueva Planta* del Sr. D. Felipe V. de 16 de enero de 1716

se lee lo siguiente : *se impondrán las penas , y se estimarán las probanzas segun las constituciones y práctica , que habia ántes en Cataluña.* Lo mismo se lee en la *ord.* 205. de las de nuestra Audiencia de 1741. Esto debe tenerse muy presente en este tratado y todo lo que se ha dicho en el *cap.* 3. *de los Preliminares* sobre ser el derecho civil de los romanos supletorio en esta provincia , y la influencia tambien de él en la legislacion de Castilla , que se confirma en esta parte por la concordancia de unas leyes con otras , y por la aplicacion oportuna de las de los romanos , que hacen los autores castellanos en materia de penas , como puede verse en Gomez *Var. resol.* , Pradilla *Suma de las leyes penales*, en Matheu de *Criminibus* y en otros.

3 Citaré en esta materia mas autores de lo que acostumbro , ya para lo que poco ha se ha indicado , ya tambien para disculparme , si en un asunto tan delicado padezco algun tropiezo , y no ménos para que el lector pueda en lo que se le ofrezca alguna duda consultarlos , y hacer todas las combinaciones , que algunas veces es necesario, no siendo fácil hallar la ley terminante para lo que se trata : y en donde dexaré de notar pena prescrita por derecho de Cataluña podrá entenderse correspondiente la del derecho comun por lo dicho en el *cap.* 3. *de los Preliminares* y por el capítulo citado de la Nueva Planta. En el *cap.* 52. del edicto arriba referido de 21 de octubre de 1716 , con relacion á las constituciones , Nueva Planta y órdenes entónces expedidas por el Sr. D. Felipe V., se dice , que en todas y qualesquiera cosas , á mas de las penas señaladas en aquel edicto con relacion á las leyes dichas, puedan imponerse otras penas mayores ó menores con arbitrio, que puede

extenderse hasta muerte natural *inclusivè* en las cosas, en que la atrocidad del delito, ó las circunstancias lo pidiere. Este edicto se citara muchas veces por contener una recopilacion de quasi todas las penas, hecha en el principio de este siglo, despues de expedidas varias cédulas, y establecida la nueva planta de gobierno, como se ha dicho en la *sec.* 4. *art.* 2. *num.* 5.

4 Es tambien muy necesario el tener presente en esta materia lo que se ha dicho en el §. 2. *n.* 3. *y* 9. en órden á la equivocacion, con que puede tropezarse en la aplicacion de algunas leyes, que hablan de penas capitales y de azotes, y mas que todo lo que se ha dicho en el §. 11. de la grande limitacion y cuidado, con que han de entenderse arbitrarias las penas en el caso de no hallárse determinadas por las leyes.

## CAPÍTULO V.

*De los delitos en particular, y de la pena, que corresponde á cada uno de ellos.*

*Orden con que se tratará de los delitos y penas en particular.*

1 Para proceder con órden en esta materia seguiré el del primero y segundo libro, esto es trataré de los delitos opuestos á cada una de las virtudes fundamentales del estado con el mismo método, que en dichos libros, hablando primero de la religion, despues de la justicia, luego de la fortaleza, inmediatamente de la sabiduría, y finalmente de la economía y policía.

## SECCION I.

*De los delitos opuestos á la religion, y de la pena correspondiente á cada uno de ellos.*

### ARTÍCULO I.

*Del ateismo, deismo, politeismo, judaismo, heregía y cisma.*

*De qué delitos se hablará en este artículo.*

1 Sería prolixo referir uno por uno todos los delitos, que se oponen á la religion, ó directamente, ó contraviniendo á algunos preceptos y disposiciones canónicas, que en los sagrados concilios, y bulas pontificias se han saludablemente impuesto para fomentar la piedad y culto, rectificando todas las cosas, apartando, y precaviendo quanto pueda manchar la pureza de la religion. Hablaré solamente de los delitos mas capitales, y que al mismo tiempo de ofender la religion pueden alterar mucho el estado, empezando por los mas graves, y descendiendo despues á los menores.

*Del ateismo, deismo, politeismo y judaismo.*

2 Los delitos mas opuestos á la religion son los que la atacan, ó impugnan en su esencia ó en los dogmas fundamentales de ella: esto puede ser de muchas maneras, ó negando la exîstencia de Dios, que es el ateismo, ó admitiendo un Dios como si no lo fuese sin cuidado, ni providencia de las cosas humanas, que es el epicureismo ó deismo, ó no queriendo confesar la venida del Mesías, que es el judaismo, ó admitiendo un falso Dios, que es la idolatría, ó muchos Dioses, que es el politeismo ó paganismo. Cada uno de estos delitos puede ser complicado con apostasía ó sin

ella : esto es , ó puede incurrirse en estos delitos, habiendo sido siempre infiel el que los comete , ó puede caerse en alguna de dichas infidelidades despues de haber profesado nuestra santa fé : y esto es lo que se llama apostasía , y agrava el delito por la promesa santa del bautismo , con que somos reengendrados en Jesu-Christo , faltando á ella el que , despues de haberse alistado en el número de los christianos , se pasa al partido del enemigo, siendo infiel de dos maneras.

*Gravedad de dichos delitos y penas correspondientes por derecho romano y de Castilla.*

3 Estos delitos son ciertamente gravísimos, como se dexa ver por sí , y por la comparacion de ellos con la heregía , que es grande delito , como se verá luego , siendo así que el herege no niega, ó no impugna , sino algun artículo de la creencia, al paso que con los referidos ó con cada uno de ellos se niegan todos ó casi todos de un golpe. La gravedad de éste , y de todos los demas delitos correspondientes á este artículo con relacion á lo que alteran el órden público , queda ya demostrada con lo dicho en el *lib.* 2. *tit.* 9. *cap.* 8. *sec.* 1. , á donde me remito. Todas las penas establecidas contra los hereges comprehenden por equivalencia de razon á los ateistas , deistas , politeistas y judíos , especialmente siendo apóstatas, *ley ult. Cod. de Apost.* : estos se castigan con mas severidad , que los simples hereges : pues su delito por la *ley* 3. *Cod. Eod.* no dexa de castigarse por el arrepentimiento del reo , mediante el qual se usa de alguna indulgencia con los hereges : se permite la acusacion de la apostasía por todo el tiempo de la vida del delinqüente , *ley* 4. *Cod. Eod.* y aun por espacio de un quinquenio contra su memoria despues de muerto , *ley* 2. *Cod. Eod.* : se hacen los apóstatas incapaces del derecho de sucesion , de declarar

en calidad de testigos y de hacer testamento; *ley* 3. *y* 4. *Cod. Eod.*

4 Pradilla en la *Suma de leyes penales part.* 2. *caso* 6. *n.* 3. dice , que el christiano , que se vuelve moro , ó judio tiene pena de muerte , y que sus bienes han de ser confiscados , como los del herege, citando la *ley* 7. *tit.* 24. *part.* 7. y la *ley* 10. *tit.* 2. *lib.* 8. *Rec.* con los autores , que las comentan. Es tambien relativa á este asunto la *ley* 4. *tit.* 25. *part.* 7. probando la aplicacion de pena de muerte al christiano , que se vuelve moro.

5 De las *leyes* 2. 3. *y* 4. *tit.* 2. *lib.* 8. *Rec.* consta , que los judíos y moros fuéron desterrados de España con pena de muerte en caso de quebrantar el destierro : y en el mismo título hay otras leyes relativas á lo mismo , que ya no son de uso para nuestros tiempos, sino para ver el espíritu de nuestra legislacion acerca de este punto , y la confirmacion de las penas expresadas. Los judíos en algunos estados son permitidos , con tal que no perturben , ni seduzcan los ánimos , y con algunas modificaciones , ó condiciones gravosas, como por derecho romano se permitian , *ley* 11. 16. *y* 17. *Cod. de Iudaeis.* Y no tiene duda , que tanto con respecto á la religion , como al estado , no es tan horrendo el judaismo , como los otros crímenes referidos , aunque por otra parte hay mayor peligro de seduccion , y por esto mismo estan severamente prohibidos en diferentes reynos , y especialmente en el nuestro , en donde solo triunfa la religion católica.

6 Pradilla *Suma de ley. pen. part.* 2. *caso* 17. *num.* 1. *hasta el* 4. dice , que los que dan favor ó consejo ó venden armas , ó dieren metales para hacerlas y bastimentos á los moros , hereges , ju-

*Las correspondientes á los que dan favor.*

díos y otros infieles, sobre quedar por derecho canónico descomulgados de excomunicacion mayor, y absolucion reservada al Sumo Pontífice, por derecho civil tienen pena de muerte, *ley 1. y 2. Cod. Quae res export.*, y por derecho del reyno pierden todos los bienes, y el cuerpo á la merced del Rey, y quien los prendiere aplica para sí, y hace suyo lo que les cogiere, *ley 12. tit. 5.*, *ley 13. tit. 9. part. 5.*: en la *ley 2. Cod. Quae res export.* está tambien la confiscacion de bienes. En el dia, como tenemos paz con turcos, y los otros infieles de las costas de Africa, deberán entenderse dichas leyes sin perjuicio, de lo que por razon de comercio en conformidad á los respectivos tratados puede llevarse á sus dominios.

*La heregía y sus penas por derecho romano y de Castilla.*

7 Así como el ateismo, deismo, politeismo y judaismo se dirigen contra toda la creencia y religion en general, la heregía se ciñe á un punto, ó á pocos puntos determinados en particular, y es un error voluntario y pertinaz en hombre bautizado contra alguna verdad de la fé católica. A mas de las penas espirituales de excomunion *latae sententiae*, inhabilitacion para dignidades y oficios eclesiásticos, privacion de los obtenidos y de sepultura eclesiástica, que se pueden ver en los *capítulos 7. 8. 9. 13. y 15. de Haeret.*, *cap. 2.* del mismo título *in 6.* y la bula *In coena Domini*, hablando de las temporales tienen los hereges, sus fautores defensores y receptadores la pena de infamia, privacion de faccion de testamento activa y pasiva, inhabilitacion para empleos y oficios públicos, privacion de derecho de patria potestad, confiscacion de todos los bienes, y por fin pena capital los impenitentes y relapsos. Todo esto se infiere de los *capítul. 9. 13. 15. y ult. de Haeret.*, *del*

*cap.* 1. 2. 14. del mismo título *in* 6. y principalmente de la *ley* 4., la 8., y de la *auténtica Gazaros Cod. de Haeret.* En el §. 4. de la citada *ley* 4. se declara, que en este crímen, como en los de lesa magestad, se puede acusar la memoria del difunto, declarándose por éste y otros efectos la heregía crímen de lesa magestad divina. La confiscacion de bienes la trae tambien la *ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 8. *Rec.*: Pradilla en la *Suma de leyes penal. part.* 1. *capit.* 1. cita para lo mismo la *ley* 2. *tit.* 27. *part.* 3., y dice que, aunque esta ley distingue, si el herege tiene hijos ó no, no admite esta distincion el derecho canónico, que ha de guardarse, citando á Simancas, á Julio Claro y á otros. Mas fuerza me hace, que no haga dicha distincion la *ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 8. *Rec.* posterior á las de Partida.

8 En las Instrucciones del Santo Oficio de 1561, que trae Covarruvias *Maxîm. sobre fuerza*, se lee, que el herege negativo y convicto, protervo y pertinaz, debe ser entregado al brazo seglar, haciendo los inquisidores todo lo que christianamente pudieren, para que muera con conocimiento de Dios: sobre esto hay la nota siguiente: *la pena capital, que impone á los hereges la ley* 2. *tit.* 26. *parte* 7., *en que parece fundarse esta constitucion, parece estar no solo modificada por la ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 8. *Rec., sino que nunca llegó aquella á tener fuerza de tal hasta las Cortes de Alcalá, en que se mandáron observar las leyes de Partida en defecto de otras posteriores, y tambien debe entenderse su observancia en la forma, que previene la misma.* Con todo Pradilla en la *Suma de leyes penales part.* 1. *cap.* 1., citando á varios autores regnícolas, expresa que el herege ha de ser muerto y quemado: con esto se vé, que la confiscacion, de que habla la *ley* 1., no se entendió mo-

dificativa, ni derogatoria del derecho de Partidas. De Nazarre en las *Instituciones eclesiásticas lib.* 3. *cap.* 11. *num.* 3. *y* 4. y del §. 1. *y* 4. *ibid.* consta, que el herege relapso ó impenitente segun el *cap.* 9. *y* 13. *de Haereticis* se entrega en España al brazo seglar, para ser por éste condenado á las llamas: en la entrega, dice, que se intercede para que no haya muerte, ni mutilacion de miembro: y éste, añade, es en España el mayor de los espectáculos, y para hacerle mas terrible arrojan á la hoguera á los impenitentes vestidos de sacos negros, en que estan pintadas las llamas infernales y las figuras de los demonios.

*De lo mismo en quanto á Cataluña.*

9 Concuerda con todo lo dicho el derecho de nuestra provincia: pues en la *decis.* 30. de Cortiada en los *num.* 39. 40. *y* 41. se lee, que el juez seglar al reo entregado por herege debe mandar, que *stranguletur per collum*, que será el garrote ó horca segun la clase de persona, y á quemarle, que es la pena generalmente recibida por costumbre con los hereges: está allí la práctica de Cataluña, reducida á que, asistiendo la Audiencia, y leido el proceso y sentencia del declarado herege, manda aquel tribunal aplicar dicha pena, echar al fuego el cadáver y esparcir las cenizas, y que en caso de estar ausente el reo se quema la estátua, y se esparcen sus cenizas. Por nuestra *const. ult. dels Bens dels condemnats* tienen tambien los hereges la pena de confiscacion de bienes. Esto es, como queda dicho, en hereges impenitentes y relapsos: á los otros abjurando se les condena, como dice Nazarre *lib.* 3. *Inst. eccl.*, á condigna penitencia, mandándoles llevar un sambenito, esto es un escapulario amarillo con cruces en el pecho y espaldas, y estar con una vela encendida á la puerta de la

iglesia, segun la sentencia, con que los condena el santo tribunal, y á algunos se les castiga con reclusion.

10 Ningun reconciliado, ni hijo, ni nieto de condenado por la Santa Inquisicion puede tener oficio público, *ley* 3. *tit.* 3. *lib.* 8. *Rec.*

*Los hijos y nietos de hereges no pueden tener oficio público.*

11 Lo dicho es general: en particular debo notar, que Martinez *Lib. de juec. tom.* 4. *letra* F *numer.* 30. cita un decreto de 2 de julio de 1751, en el qual se mandó, que los fragmasones por sospechosos á la religion y estado no pueden tener ningun oficio, ni empleo, ni residir en España, y que para su extincion debe procederse á las penas convenientes, habiéndose para este fin comunicado la órden á las justicias.

*De los fragmasones.*

12 En nuestra *const.* 1. *de Heretges* se dice, que á los descomulgados y denunciados públicamente á matacandela, que no solicitan dentro de un año la absolucion, se les declare *ipso iure* infames, imponiéndoles muchas penas temporales. En la *const. únic. de Excomunicats volum.* 2. se dice, que el magistrado seglar, requerido por el eclesiástico, á qualquiera canónicamente descomulgado y publicado debe expelerle dentro de seis dias de la poblacion, en que hubiere sido descomulgado, á no ser que se le hubiese concedido absolucion, imponiéndole en caso de no obedecer, ó de tardanza en cumplir, sin perjuicio de las penas canónicas, la de cien libras. Muy semejante á esto es lo que se lee en la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 8. *Rec.*, en la qual se manda, que al que estuviere descomulgado y publicado por tal por espacio de treinta dias se le imponga la pena de seiscientos maravedis; y si estuviere endurecido seis meses pague seis mil maravedis; y si aun despues persistiere indolente en la exco-

*De los que no se reconcilian con la iglesia hallándose descomulgados.*

munion pague por cada dia cien maravedis, y sea echado ó desterrado del pueblo donde estuviere con cominacion de confiscársele la mitad de los bienes en caso de quebrantar el destierro. Estas penas se imponen por la sospecha, que da de heregía la negligencia ó el menosprecio de la excomunion sin cuidado de reconciliarse con la iglesia; y parecen fundarse en el *capit.* 13. §. 2. *de Haereticis.*

*Del cisma y sus penas.*

13 El cisma es uno de los mas principales delitos contra la religion, de que hablo inmediatamente despues de la heregía, porque casi nunca está separado de ella, aunque en realidad puede serlo: pues este delito no es otra cosa, que, lo que denota el mismo nombre de etimología griega, una division, con la qual, rehusando alguno la obediencia al Sumo Pontífice, se aparta de la unidad de la iglesia, con que los demas fieles formando un cuerpo veneran y obedecen á la cabeza de él, como á Lugarteniente y Vicario de Christo en la tierra. Prácticamente dicen los autores, que casi no puede ser uno cismático sin que sea herege, porque el que pertinazmente se resiste al Sumo Pontífice ha de negar, si no quiere ser inconseqüente en sus obras, que se deba la obediencia al Vicario de Christo, ó que sea él la cabeza de la iglesia: dogmas de fe, cuya negacion le hace herege: de consiguiente por lo regular todas las penas establecidas contra los hereges suelen tener lugar en los cismáticos. Lo que es la sedicion en el estado político es el cisma en el eclesiástico: y con esto solo se puede ver su gravedad y malicia.

14 Los autores veo que comunmente dicen, que se castiga el cisma casi con las mismas penas,

que la heregía. Son descomulgados los cismáticos *ipso facto* con excomunion reservada á Su Santidad; inhábiles para obtener beneficios y dignidades aun despues de reconciliados con la iglesia; infames é irregulares por la irregularidad, que nace de enorme delito, segun el *cap.* 5. *de Electione, la extravagante unica inter comunes* del mismo título, y el *cap.* 1. de la bula *In coena Domini.* De derecho municipal no hallo nada relativo á este delito. Pradilla en la *part.* 2. de las *leyes penales caso* 24. dice, que es tan grande este delito, que se tiene por mayor, que la heregía, y lo prueba lo que ántes he dicho de él. Con esto todas las penas contra los hereges por equivalencia de razon tienen lugar contra los cismáticos.

## ARTÍCULO II.

### *De la supersticion, tentacion de Dios, adivinacion, magia y vana observancia.*

*De lo que comprehende la supersticion.*

1 Es delito tambien, comprehendido entre los capitales contra la religion, el de la supersticion. Esta es ó falsa religion, ó culto vicioso del verdadero Dios tributando el que no se debe, ó en el modo, que no se debe. Con esto la supersticion incluye dentro de sí, como especies de su género, la idolatría, el politeismo y judaismo, que son falsas religiones, la tentacion de Dios, la adivinacion, la magia, la vana observancia, y todos los modos y formas de culto, que no son aprobados por la iglesia, como no lo serian en el dia los ritos y ceremonias judaicas. En punto de supersticion puede haber mucho que advertir por razon de malicia: pues son muchos los que sin delito grave

pueden caer, y caen en ella en quanto al culto ó al modo: en órden al objeto de la veneracion ya se ha visto la gravedad de cada uno de los delitos. La pena de la supersticion relativa al modo parece, que debe graduarse por la proporcion é influencia, que tenga en quanto al objeto.

*En qué consiste el tentar á Dios.*

2 Dexando ahora la idolatría, el politeismo, y judaismo, de que ya se ha tratado ántes oportunamente, el tentar á Dios es tambien delito contra la religion, en que cae el que pide ó pretende alguna cosa para prueba ó experiencia de alguno de los atributos de Dios, como, de si es misericordioso, poderoso, sabio ó cosa semejante. Esta tentacion es formal ó interpretativa é implícita: la primera es, quando, dudándose expresamente de alguna de las perfecciones ó de los atributos de Dios, se desea probarle, ó se obra para experimentarle y certificarse de él, como si alguno se tirase de una torre alta con la duda de si Dios es misericordioso, para probar que lo es librándosele del daño, ó si uno pide algun milagro para prueba de ser verdadera la fe católica dudando de ella: la tentacion interpretativa é implícita es la que se interpreta y entiende serlo, como quando uno aunque directa y expresamente no dude, ni obre del modo dicho, pide ú obra de suerte, que su modo de pedir y obrar ha de reducirse á lo mismo, como si de cosas, que no tienen ninguna proporcion, ni disposicion para alguna conseqüencia, quiere sacar ésta sin poder salir sino obrando Dios algun milagro, y manifestando con él alguno de sus divinos atributos. Las purgaciones vulgares con fuego abrasando, con agua hirviendo y fria, mediante duelo, y de otros varios modos reprobados por derecho canónico, de los quales se usó en al-

gunos tiempos indebidamente en los tribunales para justificar la inocencia del que saliese vencedor en el desafio, y sin lesion de las otras pruebas, eran tambien tentacion de Dios: era querer precisar á Dios, que hiciese un milagro para prueba de su justicia en no permitir, que el inocente fuese condenado: y no se necesita ciertamente, de que Dios dé estas pruebas de su justicia y equidad, teniéndolo todo sábiamente ordenado, proporcionados los medios de gobierno, y las probanzas para la averiguacion de la verdad, y trasluciéndose en todas partes y de mil modos la divina justicia, patente y manifiesta á todo el universo.

*Gravedad de dicho delito.*

3 La gravedad de este delito es bien conocida por lo que poco ha se ha dicho, que es duda ó desconfianza de la exîstencia ó perfecciones de Dios: y segun el escándalo, con que se comete este delito, la influencia, que pudiere tener en pervertir á otros, las conseqüencias y alteracion del órden civil, como en un suicidio del que se eche al pozo, y casos semejantes, parece que debe ser castigado arbitrariamente. En este delito, como en los otros de supersticion en quanto al modo, la rusticidad y la ignorancia pueden muchas veces disculpar en gran parte, y servir para disminuir la pena con proporcion á la culpa y á la alteracion del órden público.

*De la adivinacion, magia y vana observancia, y de su gravedad.*

4 Son tambien delitos horribles en la materia, de que tratamos ahora, la adivinacion, la magia y la vana observancia: la gravedad de qualquiera de estos tres delitos se puede conocer, considerando á lo que se reducen, esto es, á pacto expreso ó tácito con el demonio, de cuyo favor y ayuda quieren valerse los que se entregan á estos vicios.

La adivinacion suele dividirse en muchas especies por razon de las cosas, de que se valen los adivinos, para sacar sus agüeros ó embustes: y así la que se vale de la tierra se llama geomancia; la del ayre aeromancia; la del agua hidromancia; la del fuego piromancia; la de las manos chîromancia; la de los muertos necromancia; la de los astros astrología; la de la suerte sortilegio; y así se dan tantos millares de nombres á este delito, quantas son las cosas, de que puede abusar el corazon supersticioso del hombre para adivinar lo futuro, ú oculto y desconocido, que no se puede saber por la naturaleza. Nadie puede entrar en esto prometiéndose el favor de Dios, el qual quiere dexár para su tiempo, que se revelen y manifiesten algunas cosas ocultas, ó tener otras para siempre desconocidas al hombre, segun los secretos de su divina providencia: en ninguna parte de sus sagradas escrituras ha prometido Dios satisfacer en esto la vana curiosidad de los mortales: ántes en muchos lugares se manda adorar en esta parte los divinos secretos, y humillar la soberbia y altivez, con que á veces parece, que el hombre quiere levantarse sobre sí mismo, y extender sus conocimientos mas allá de lo justo.

5 De aquí es, que qualquiera, que deseare saber lo que está oculto por medio de las cosas significadas, debe implorar explícitamente el favor del demonio haciendo pacto con él: ó se entiende, que implícitamente le hace, para que acuda á su ayuda y socorro, con el mismo acto de valerse de lo que por su naturaleza y circunstancias no tiene conexîon ni proporcion para manifestar lo oculto, que se desea saber, siendo cierto por otra parte, que no puede prometérselo de

Dios. Así es, que este delito se reduce, á que el hombre por un vicioso y desordenado deseo de saber las cosas, que Dios le tiene ocultas, se vale del demonio, cuyo comercio, amistad y compañía no puede ménos de hacer muy fea y abominable la adivinacion.

6 A lo mismo se reduce la magia, que es el arte de hacer cosas extraordinarias y admirables con la ayuda del demonio, invocándole expresamente para el desempeño de lo que se pretende, ó implícitamente con el mismo acto de valerse el que se dedica á este desventurado arte de medios, que no tienen conexîon, ni proporcion con los efectos y maravillas, que se quieren obrar: esta es la que se llama comunmente negra á diferencia de la artificial, que es la que con arte é industria obra cosas, que parecen superiores á las fuerzas de la naturaleza, así como la natural es la que con causas naturales produce efectos extraordinarios, que admiran y suspenden. Estas dos últimas especies de magia no son prohibidas. La diferencia, con que se distingue la magia prohibida y negra de la adivinacion, consiste, en que ésta se ciñe á adivinar las cosas ocultas y la otra á hacer cosas admirables, y que no corresponden al curso natural y reglado de las causas naturales. Quando lo que se hace ó obra con la magia es de algun daño para el próximo se llama maleficio ó veneficio, como los daños, que suelen atribuir á hechiceros ó brujas. Pero la malicia de este delito toda se reduce á lo mismo que la adivinacion: y debe tenerse aquí por repetido lo que allí se ha dicho del pacto ó de la invocacion expresa ó tácita del demonio.

7 La vana observancia es quando de la casualidad de algun suceso quiere sacarse ó formarse

juicio de que ha de suceder una cosa, que no tiene tampoco conexîon ninguna con la que se toma por pie, para afianzarse en la conjetura ó juicio, diferenciándose de la adivinacion, por cenirse ésta á querer adivinar ó saber y la vana observancia á esperar algun efecto, como de recobrar alguno la salud: de la malicia de este delito debe discurrirse del mismo modo, que se ha dicho de la adivinacion.

*Suelen dichos delitos estar complicados con heregía.*

8 Casi todos estos delitos suelen estar complicados con heregía, apostasía, ó idolatría, ó ateismo: ó son sospechosos de estos crímenes los reos, que cayéron en ellos: porque los que se entregan al demonio del modo expresado ó no creen, que el demonio esté sujeto á Dios, ó que dependa de él en su poder, ó no creen que esté condenado: apostatan los que han sido christianos, y niegan el bautismo contraviniendo á la renuncia hecha en él al demonio.

*Cuidado que se ha de tener en el conocimiento de ellos.*

9 En todos estos tres delitos, que en España son del conocimiento de la Inquisicion, como se ha dicho en su lugar, es menester que sea muy despierto y advertido el juez en no creer con ligereza, en exâminar y dar luz á los testigos, para que entiendan la materia, y en declarar sin las preocupaciones, que suele haber en esta materia, atribuyéndose á magia negra lo que es inteligencia de física ó conocimiento de alguno de sus maravillosos secretos, que por no alcanzar los otros califican luego de hechizo, cebándose el odio contra alguno ó alguna, que se empieza á perseguir como á hechicero ó bruja por el vulgo necia y vanamente preocupado en muchas cosas, y muy particularmente en esta materia.

*De la pena de*

10 La pena de estos delitos será la de heregía,

apostasía é infidelidad, quando estos concurren junto con los otros. La pena de adivinos y hechiceros, prescindiendo de la mezcla con otro delito, es capital, *ley* 3., *ley* 5. *y* 6. *Cod. de Malefic. et mathem.*: y en el dia dice Piclér en el *título* de *Sortileg. num.* 10., que es arbitraria en ambos foros. La de vana observancia parece, que ha de ser arbitraria tambien y menor, porque no causa los malos efectos, que las otras. En la *ley* 6. *tit.* 3. *lib.* 8. *Recop.*, que confirman la 7. *y* 8. *ibid.*, se impone tambien como en las leyes del código de Justiniano la pena de muerte á los adivinos y hechiceros con la de ser echados del reyno para siempre los que los encubren. Pradilla en su *Suma de leyes penales part.* 1. *cap.* 14. *num.* 2. *y* 4., citando á varios autores, dice que la pena, que se suele dar á los adivinos y hechiceros, es de azotes y de sacarse á la vergüenza por algun espacio de tiempo en lugar público emplumados y con coroza, pero que en los brujos y brujas no se ha mudado la costumbre condenándoseles á muerte. *dichos delitos.*

## ARTÍCULO III.

### *De la blasfemia.*

*De la blasfemia y de los diferentes modos, con que puede cometerse.*

1 A continuacion de los horribles delitos, de que he hablado, conviene poner inmediatamente el de la blasfemia, que es tambien atroz, y acaso el mayor de todos despues de los que han precedido en punto de religion. Blasfemia es una locucion injuriosa contra Dios: y puede cometerse de muchos modos, como negando alguno de sus divinos atributos, diciendo por exemplo, que no tiene Dios providencia, ó que no es justo, ó achacándole lo

que es muy ageno de él, como ser tirano y aceptador de personas. Tambien es blasfemia atribuir á las cosas criadas lo que es propio y peculiar de la divina esencia, como si se dice, que el demonio es igual á Dios en poder y sabiduría, el llamar con nombre indecente ó de menosprecio á Dios, á qualquiera de las Personas de la Santísima Trinidad, á los santos misterios y sacramentos, el jurar sériamente por los falsos dioses, como Júpiter y Hércules, el proferir palabras contumeliosas contra la Virgen y sus Santos, cuyo menosprecio lo es de Dios, así como su culto redunda en honor y gloria del mismo Señor. Todo lo dicho es sumamente injurioso á Dios, y comprehendido en el nombre de blasfemia.

*Distincion de la blasfemia en heretical y simple.*

2 Esta se divide en heretical y simple: la primera es quando se dice injuriosamente contra Dios alguna cosa, afirmándola contra alguna de las verdades de nuestra santa religion, como por exemplo, si alguno dixere *Dios no es justo*: la simple es quando lo que se dice contra verdad revelada no se cree, profiriéndose solamente por ira ó desprecio contra Dios, ó sus Santos, ó solo se dice en modo optativo, como *maldito sea Dios*, ó *aunque á Dios le pese*: los que tienen vicioso hábito de proferir palabras de exêcracion, aunque son dignos tambien de castigo, no entran propiamente en el número de los blasfemos.

*Pena de la blasfemia por la escritura y derecho civil.*

3 La pena de estos en el viejo testamento era la de morir apedreados, *Levítico cap.* 24. *vers.* 16. Por derecho civil tambien tienen pena capital, *novella* 77. *cap.* 1. §. 1. *y* 2.

*por derecho de Castilla.*

4 Por derecho de Castilla en la *ley* 2. *tit.* 4. *lib.* 8. *Rec.* al que blasfemare de Dios ó de la Virgen María en la corte y cinco leguas al rededor se

le manda cortar la lengua, y dar cien azotes públicamente, y fuera de la corte se le manda cortar la lengua y perder la mitad de los bienes, dándose la mitad á la real cámara y la otra mitad á los que acusaren: y en la *ley 5. y 6. ibid.* se manda, que á los que dixeren, *descreo de Dios, despecho de Dios, malgrado haya Dios, no ha poder en Dios, pese á Dios, no creo en la fé de Dios*, y otras palabras semejantes, por la primera vez se les ponga un mes en prisiones, por la segunda se les condene á destierro de seis meses y mil maravedís, aplicados al acusador, al juez, que juzgare, y á los pobres de la cárcel del lugar, en que se cometiere el delito, y por terceras se les enclave la lengua no siendo personas de calidad, y siéndolo se conmute en destierro y en dineros doblados de los que se mandan pagar en la segunda vez.

*por derecho de Cataluña.*

5 Por nuestro derecho de Cataluña en las constituciones 2. *y* 3. *de Maldients y blasfemants* y por el *cap.* 21. del edicto, varias veces citado de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716, se lee prescrita la pena contra los blasfemos de clavárseles la lengua y azotárseles públicamente y mayor ó menor segun las circunstancias con la de cinquenta sueldos á los que no denunciáren los reos.

*por ordenanzas militares.*

6 El militar blasfemo debe ser puesto por espacio de ocho dias dos horas mañana y tarde atado á un poste con una mordaza dentro del quartel, *art.* 1. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.*: si reincide se le debe atravesar irremisiblemente la lengua con un hierro caliente por mano del verdugo; y se ha de arrojar ignominiosamente del regimiento, *ibid.*

## ARTÍCULO IIII.

### *De la simonía.*

*En qué consiste la simonía y gravedad de este delito.*

1 Uno de los delitos particularmente opuestos á la religion es la simonía : este delito consiste en voluntad determinada de comprar ó vender por cosa temporal alguna espiritual ó anexa á ella : se divide en mental, convencional, confidencial y real. El nombre de este delito viene de Simon, el delinqüente bien conocido en esta especie de maldad, del qual consta en el *cap.* 8. de los *Hechos* de los *Apóstoles*, que, habiendo visto, que los Apóstoles con la imposicion de manos en el sacramento de la confirmacion conferian la gracia, ofreció dinero á los mismos Apóstoles, pidiéndoles que le diesen tambien la gracia de poderla conferir con la imposicion de sus manos. La respuesta, que mereció de San Pedro, es la que deben darse por hecha á sí todos los que, queriendo seguir las huellas de tan malvado reo, aspiran á la torpe negociacion de las cosas espirituales : *tu dinero te sirva para tu perdicion, puesto que has juzgado, que el don de Dios se alcanza con dinero.* En la misma sagrada escritura se dice á los Apóstoles : *gratis accepistis, gratis date : de balde habeis recibido, dad de balde, Matthaei cap.* 10. *vers.* 8.

2 Es una injuria grande á Dios creer, que el reyno de los cielos y las puertas de los templos y de todo quanto tiene sagrado la religion han de abrirse por medio de las riquezas, y no de las virtudes y merecimientos del hombre, auxîliados con la divina gracia : es envilecer la alta dignidad de las cosas santas y sagradas pensar, que pueden

apreciarse con dinero; y las vilipendia qualquiera que juzga, que puede ser precio correspondiente de ellas una cosa temporal. Por esto es tanta la gravedad de este delito, que no admite materia leve. No solo es enorme este crimen por dichas razones, sino tambien por las fatales conseqüencias, que tiene y ha tenido en muchos tiempos, como es notorio á qualquiera, que esté medianamente instruido en la historia eclesiástica, habiendo sido grandes los estragos, que ha causado él en la iglesia. Es digno de advertirse, quanto los sagrados concilios y Santos Padres han abominado de este delito; con qué solicitud han procurado arrancarle de cuajo; quitar todas las ocasiones, que de cerca ó de léjos puedan dar entrada á él, y con quántos nombres ó expresiones han hecho detestable su malicia, llamándole heregía simoniaca, cancer, veneno, peste y cargándole de todos los oprobios.

3 Es muy intrincada esta materia por los millares de modos y formas, con que se disfraza en este particular la malicia, y con que, despues de haberse sofocado por un lado, se ha intentado reproducir por otro la maldad de los que han querido hacer un infame tráfico y comercio de las cosas sagradas. Es esta materia muy dilatada y dificil, debiéndose en lo relativo á ella consultarse los canonistas y teólogos.

*Penas de la simonía por derecho canónico.*

4 Las penas canónicas son diferentes segun la diversidad de casos, viniendo á ser general la excomunion reservada en todos los reos principales, cómplices y consencientes, quedando todos inhábiles para dignidades y beneficios eclesiásticos, privados de los que obtenian y consiguieren simoniacamente, y suspendidos del órden, á que hubieren aspirado con simonía.

*por derecho de Castilla.*

5 Por lo que toca á las penas correspondientes en el juzgado secular en la *ley* 18. *tit.* 26. *lib.* 8. *Rec.* á los que simoniacamente pretendieren beneficios se les declara inhábiles é incapaces para poderlos conseguir y retener ; se les priva de todas las honras , gracias insignias y preeminencias , que justamente pudieran y debieran gozar ; pierden lo que hubieren dado ó prometido con el doblo y con destierro de estos reynos por diez años ; é incurren en las mismas penas los que hubieren dado favor y ayuda dándose de las pecuniarias las dos terceras partes á la real cámara y la otra al denunciador ó acusador.

## ARTÍCULO V.

### *Del sacrilegio.*

*En qué consiste el sacrilegio y sus diferentes especies.*

1 De la simonía paso al sacrilegio. En nombre de sacrilegio entiendo qualquiera violacion de cosa sagrada , que puede ser de tres especies , esto es personal , real y local. La primera especie es contra las personas sagradas , como poner manos violentas en eclesiásticos ó el ultrajarlos ; y el profanar ellos mismos su estado con pecados de torpeza es tambien sacrilegio : la segunda ó la real es contra las cosas sagradas : éstas pueden serlo ó por causar la santidad , como los sacramentos , ó por ser instrumentos para administrar las cosas sagradas , como los vasos , vestiduras , ornamentos , imágenes , ó por estar destinados al sustento de los ministros y al mismo culto , como los bienes de las iglesias : qualquiera injuria , desórden ó abuso cometido en alguna de estas cosas es sacrilegio : la

tercera, ó la violacion local, es contra la santidad del lugar, como quemar la iglesia, quebrantar sus puertas, derribar sus altares, cometer en ella homicidio culpable ó efusion de sangre en cantidad notable, enterrar en la misma al descomulgado ó al que murió sin bautismo, sacar á viva fuerza al que se acogió á su asilo, y cometer otros excesos semejantes, con los quales se pierde el respeto y la veneracion, que se debe á un lugar santo y sagrado.

2 La malicia de este delito es por sí misma bien conocida, porque todo el menosprecio, con que se hace la violacion de las cosas sagradas, redunda contra el mismo Dios, á cuyo culto y veneracion se consagran sus ministros, se dedican los templos y capillas, y se ordenan todas las cosas sagradas. Este delito es tanto mayor, quanto es mayor el escándalo, que con él se causa, y quanto ménos es el aliciente, que precipita á este exceso, respecto de otros delitos: nace éste de un fondo de malicia y desenfreno, con que se va á insultar y ultrajar al mismo Dios, bien que tratándose de las personas, cosas y lugares sagrados puede disminuirse alguna vez la malicia por la parvedad de la materia. Al hablar de los incendiarios, raptores y ladrones se hablará de los sacrílegos, que pertenecen á los crímenes y reos de incendio, rapto y hurto. *Gravedad de este delito.*

3 Por derecho conónico parece, que la pena de los sacrílegos es la excomunion, obligándose á los reos á dar satisfaccion á la iglesia, *cap.* 16. *de Foro compet.*, *cap. ult. de Furt.*, infamia, carcel y destierro por el *can.* 13. *caus.* 17. *quaest.* 4., inhabilitacion para ascender á órdenes por el *can.* 22. *dist.* 50., y excomunion *ipso facto* reservada á Su *su pena por derecho canónico.*

Santidad por el *can.* 29. *caus.* 17. *quaest.* 4. en el notorio percusor de clérigo.

*por derecho romano.*

4 La pena correspondiente por derecho civil á los sacrílegos es arbitraria, *ley* 4. §. 2. *Dig. Ad leg. iul. pecul.*, por la infinita variedad, que puede haber de unos sacrílegos á otros, y lo que sobre esto he dicho *cap.* 4. *sec.* 5. *art.* 3. §. 11. Esta pena arbitraria puede en caso de ser el sacrilegio con robo llegar á capital, *ley* 9. *in princ.* y §. 1. *Dig. Ad leg. iul. pecul.*: y por la *ley* 10. *Cod. de Episcop. et cler.* parece, que tambien debe aplicarse la misma pena capital á los que, arremetiendo contra las iglesias, insultan y ultrajan á los sacerdotes y ministros del Señor ó injurian á tan santos lugares. Está conforme con esto la *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7.

*por derecho de Castilla con varias distinciones de casos.*

5 En la *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 1. *Rec.* se manda, que nadie sea osado de quebrantar iglesia, ni cementerio por su enemigo, ni otro motivo, y que el que lo hiciere, peche el sacrilegio al obispo, y sea compelido á ello por el juez seglar: en la *ley* 1. *ibid.*, que ninguno se eche sobre los altares de la iglesia, ni se arrime á ellos, ni se pasee, ni negocie en las iglesias, ni monasterios, ni los hombres se asienten con las mugeres, ni hablen con ellas durante que se celebren los divinos oficios, so pena de trescientos maravedís por cada vez con el destino, que en ella se expresa: en la 7. *ibid.*, que ninguno compre, ni tome por prenda cálices, cruces, libros y otros ornamentos de las iglesias, y que si alguno se lo diere, lo descubra luego, y lo entregue á la iglesia sin precio ninguno, so pena de perder lo que hubiere dado, y de incurrir en las penas, en que incurren los que encubren hurtos y ladrones: en la 8. *ibid.*, que ningun aposentador señale para posadas las iglesias ó

monasterios, ni se metan bestias, so pena de privacion de oficio al aposentador y de seiscientos maravedís, cuya distribucion se prescribe en la misma ley. En la 11. *ibid.* se manda, que ninguno sea osado de ocupar las rentas y bienes de los clérigos y fábricas de las iglesias y monasterios por fuerza, ni les impida, que arrienden libremente, y que nadie vaya en cosa alguna contra la libertad eclesiástica, so pena de la pérdida de la mitad de los bienes para el fisco y de las en que incurren los que toman, y por fuerza ocupan las rentas reales.

6 La *Curia Filípica Juic. crim.* §. 12. *num.* 61. en quanto al juez, que injustamente sacare al retraido de la iglesia, refiriéndose al derecho del Código de Justiniano en el título de *His qui ad Eccles.*, dice, que debiera aplicársele pena del que cometio delito de lesa magestad: pero añade, que no está esto en uso, y que de derecho canónico debe ser descomulgado y condenado dicho juez en pena pecuniaria, penitencia pública y otra segun el caso, y en pagar todos los daños al retraido: cita la *ley* 4. *tit.* 11. *part.* 1. y algunos autores.

7 En la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 1. *Rec.* al que ocupa sin título los diezmos de la iglesia, y no los dexa dentro de treinta dias de requerido, se impone la pena de quinientos maravedís por cada dia que los detiene, debiéndose aplicar la tercera parte á la catedral, otra al fisco y otra al juez. En la *ley* 2. *ibid.* se dispone, que ninguno coja, ni mida el monton de pan, que tuviere en la era, sin hacer tañer la campana, para que el tercero ó cogedor venga á verlo diezmar, y en su presencia se mida, y no de noche, ni á hurto, so pena de pagar dicho diezmo con el doblo, la mitad para la cámara

real y la otra mitad para el obispo salvas las sentencias de excomunion, que dieren los prelados: en la 3. *ibid.*, que el que no diere el pan limpio, ó le diere mezclado con paja, tamo ó tierra ó otra cosa ó mojado, ó consintiere en ello, lo debe pagar otra vez con las setenas y destierro de seis meses del lugar, en que vive, prescribiéndose el destino de la multa. En la *ley* 7. *tit.* 6. *lib.* 1. *Rec.* se manda, que los legos no tengan encomiendas de obispados, abadengos, ni monasterios, aunque se les den, sopena de serles embargadas todas las mercedes y rentas, que tuvieren de S. M. hasta dexar las encomiendas: en la 1. *tit.* 3. *lib.* 1. *Rec.*, que en ningun pueblo se hagan estatutos, para que no se obedezcan los prelados eclesiásticos, ni sus ministros, ni cartas citatorias ó monitorias, y que el que lo contrario hiciere ó consintiere, dando consejo, favor ó ayuda, incurre en pena de mil maravedís cada vez, aplicándose una tercera parte al fisco, otra á la fábrica de la iglesia y otra al executor. En los seis títulos del primer libro de la Recopilacion pueden verse otras muchas leyes, en que se manda no faltar en nada á la inmunidad de la iglesia en sus personas, bienes y lugares.

8 Lo dicho en quanto á penas en los casos relativos á bienes y jurisdiccion eclesiástica é inmunidad en todas sus partes debe entenderse, quando se obra sin título, y sin perjuicio de los concordatos posteriores, y de todo quanto se ha prevenido en órden á regalías y magistrados: pues, quando se obra en fuerza de estos títulos, no hay delito, ni sacrilegio. Fuera de dichos casos particulares puede ó debe sentarse, que la pena del sacrilegio por derecho de Castilla es arbitraria, *en alvedrio del juez*, dice la *ley* 5. *tit.* 18. *part.* 1.

9 En quanto á Cataluña segun Amigánt *dec.* 22. *num.* 26. *y* 27. la pena de los sacrílegos es arbitraria segun las circunstancias: y en la *decis.* 266. de Cortiada se trata tambien de invasores de los bienes eclesiásticos y de otros sacrilegios. *Pena del sacrilegio por derecho de Cataluña.*

10 En órden á militares por el *art.* 4. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* el que con irreverencia y deliberacion conocida de desprecio ajare de obra las sagradas imágenes, ó qualquiera de las cosas dedicadas al culto divino, ó las hurtare, debe ser ahorcado: y segun el *art.* 5. *ibid.* al que maltratare de obra con arma de fuego, blanca, palo, pedrada ó golpes de mano á los ministros de Dios, que hubieren recibido órdenes sagradas, hallándose éstos en el trage propio de su estado, se le ha de cortar la mano derecha: y, si hubiere resultado muerte, ó mutilacion de miembro, ha de ser ahorcado: faltando al respeto de otro modo ménos grave debe ser castigado el reo con pena corporal, de que segun las circunstancias fuere digno, no debiendo tener lugar estas penas, quando el militar obra en defensa natural ó del puesto: en el *art.* 6, *ibid.* se dispone, que el militar, que escalare ó entrare furtivamente y con violencia en lugar sagrado para robo, extorsion ó desacato, tiene pena de muerte ó corporal segun las circunstancias. *por ordenanzas militares.*

## ARTICULO VI.

### *De los quebrantadores de sepulturas.*

1 Inmediatamente despues de los sacrílegos trataré aquí de los quebrantadores de sepultura, esto es de los que deshacen los sepulcros, desentierran los muertos, ó los despojan de sus vestidos, ó *Razon por qué se trata aquí de quebrantamiento*

*de sepulturas y gravedad de este delito.*

de otro qualquier modo los injurian y ultrajan. No tanto parece corresponder esto aquí, por ser cosa que tiene alguna analogía con el sacrilegio, como por serlo en algun modo. En realidad en la *ley 5. Cod. de Sepul. viol.* se puede ver, que los antiguos romanos tuviéron á este delito por *proximum sacrilegio*, y que á los reos de él se les aplicaba la pena establecida contra los sacrílegos. Aunque los romanos se gobernáron por principios diferentes de los nuestros, sentando que, para ocupar la religion á un lugar, no se necesitaba de otra cosa, que de echarse un cadaver en él con consentimiento del dueño, §. 9. *Inst. de Rer. divis.*, *ley* 2. §. 5. *Dig. de Relig. et sumpt. funer.*, pudiendo por esto agravarse el delito entre ellos por el insulto, que se entendia hacer á la religion; con todo tambien milita en nosotros la razon mas poderosa aun, de que las sepulturas, quando no estén dentro de las mismas iglesias, estan en los cementerios dependientes de ellas, baxo su proteccion y amparo, se consideran los cementerios partes de las mismas iglesias, establecidos con muchas bendiciones y ceremonias eclesiásticas con el fin de dormir allí los difuntos, y esperar el dia de la resurreccion: de manera, que no puede cometerse el delito, de que tratamos, sin cometerse sacrilegio local.

2 No solo es terrible este delito mirado por este lado, sino tambien por el otro de la barbarie y ferocidad, que supone en qualquiera el encruelecerse contra los muertos; ultrajar á los que no tienen defensa; privar á los que han fallecido de aquella seguridad y descanso, con que todos deseamos, que estén nuestros huesos y cenizas despues que las dexa el aliento de la vida; y vencer por codicia de dinero, ó por deseo de venganza,

aquel horror, que comunmente tienen los hombres en entrarse en las casas de los difuntos, que así con razon llama elegantemente á los sepulcros la *ley* 4. *Cod. de Sepulc. viol.*

3 Como pueden ser tan varias las circunstancias, que diversifiquen este delito, es arbitraria su pena, debiendo el juez agravarla ó disminuirla segun fuere mayor ó menor la injuria y el ultrage cometido, mayor ó menor el lucro, que tiene el delinqüente, segun el daño causado, y la temeridad ó insolencia en cometerle, *ley* 3. §. 8. *Dig. de Sepulc. viol.* Con todo para algunos casos ya se especifica la pena, como la de muerte en caso de haber ido algunos á mano armada y como ladrones á despojar los difuntos, *ley* 3. §. 7. *Dig. de Sepulc. viol.*: y generalmente para el caso de sacar los cadáveres ó huesos de los mismos sepulcros dispone la *ley* 11. *Dig. de Sepulc. viol.*, que debe aplicarse pena de muerte á la gente de baxo nacimiento y á las otras de deportacion, y que en otros casos de quebrantamiento de sepultura ha de aplicarse la pena de relegacion ó de minas. En la *ley* 4. *Cod. de Sepulc. viol.* se sujetan á confiscacion los materiales y todo lo que se lleve el quebrantador de sepultura ó edifique allí mismo, y se le manda además pagar diez libras de oro.

**Pena de dicho delito por derecho romano.**

4 El derecho de Castilla es conforme del todo con lo dicho; pues con la *ley* 3. §. 7. y la 11. del mismo título de *Sepulc. viol.* concuerda la 12. *tit.* 9. *part.* 7.; y en la *ley* 14. *tit.* 13. *part.* 1. se da, como corresponde, contra los quebrantadores de sepulturas, accion á los pacientes, para que estimen la injuria.

**por derecho de Castilla.**

## ARTICULO VII.

### *Del perjurio y de la exêcracion.*

*Del perjurio y de su gravedad.*

1 Es tambien pecado grave contra la religion, y inmediatamente contra Dios, el perjurio ó la contravencion al juramento, esto es el crimen del que ha puesto á Dios por testigo de que alguna cosa es ó no es como él dice, siendo falso, y de el que despues de haber puesto á Dios por testigo de que hará ó no hará alguna cosa dexa de cumplirlo. Este delito no solo es gravísimo por el agravio, que se hace á Dios, abusando de su santo nombre, para dar fuerza á lo que no la tuviera sin él, sino tambien por el daño, que causa al próximo, y á la sociedad, haciendo inútil y debilitando el mas firme apoyo, en que está cimentada la fé humana. El delito del perjuro, que lo es por jurar falso, es mucho mas grave, que el otro, por una especie de desprecio, que se hace de Dios y de los castigos, que debian temerse de su divina Magestad, y por lo que se dirá al hablar del delito de falsedad. El delito del perjuro en no cumplir lo que se ha jurado parece ménos grave, ya porque no militan las grandes razones, que en el otro de lo relativo á los juicios, ya tambien porque la flaqueza humana puede faltar en no cumplir lo que se ha prometido con juramento sin insultarse á Dios en el mismo punto ó acto de jurar.

*pena por derecho romano.*

2 Por la *ley* 17. *Cod. de Dignit.* tiene en derecho civil el perjuro privacion de dignidad ó oficio: por la 41. *Cod. de Transact.* pierde todo lo que pudiese pretender por razon del pacto ó transaccion, en que hubiese jurado la parte: por la misma *ley* 41.

tiene la nota de infamia, y por la 13. §. *ult. Dig. de Iureiur.* la de azotes ó golpes con varas delgadas.

3 Por derecho de Recopilacion en la *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 8. al que quebrantare ó no guardare el juramento, que hubiere hecho sobre qualquier contrato, se impone la pena de confiscacion de todos sus bienes; y en la *ley* 2. *ibid.* al que jurare falso sobre la cruz y santos evangelios la de seiscientos maravedís de multa. En la *ley* 10. *tit.* 1. *lib.* 1. *Rec.* está la pena impuesta á los que juran en vano con varias distinciones, que pueden allí verse. *por derecho de Castilla.*

4 De la pena de los perjuros en juicio se hablará al tratar de los testigos falsos en la *seccion* 2. *art.* 3. §. 16. *Penas de los perjuros en juicio.*

5 No solo es digno de castigo el perjuro, sino tambien el que jura exêcrablemente. El militar, que comete este delito por el *art.* 2. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* debe ser corregido con tres dias de prision; y si no se enmienda ha de sufrir la nota de ponérsele una mordaza dentro del quartel, y el castigo de prision ó otro corporal, que parezca conveniente para la correccion. En buenos términos es arbitraria por estas últimas palabras la pena, y lo propio deberá decirse del derecho de Castilla y Cataluña. *La pena de la exêcracion es arbitraria por todos derechos.*

## ARTÍCULO VIII.

*De los quebrantadores de preceptos de abstinencia de carnes, de ayunos y fiestas.*

1 Entre las cosas necesarias y convenientes para el culto de la religion conté los dias de abstinencia, los ayunos y las fiestas determinadas por

la iglesia en honra de Dios y de sus Santos, debiendo en dichos dias vacar los hombres de sus trabajos, y emplearse en la contemplacion y meditacion de las cosas espirituales. El derecho canónico tiene sus penas espirituales para compeler á los que no quieren cumplir con estas obligaciones, siendo la última de ellas la de la excomunion, á que se llega por fin, si alguno pertinazmente se resiste á los saludables avisos y correccion precedente de los que estan encargados de su alma. El derecho civil coopera tambien en este particular, como puede verse en las leyes citadas *lib. 2. tit. 9. cap. 8. sec. 3.*

## ARTÍCULO VIIII.

*De los que impugnan el Misterio y culto de la Inmaculada Concepcion, y de los que leen libros prohibidos por causa de religion.*

*De los que impugnan la Concepcion, y sus penas.*

1 Una particular piedad ha empeñado á nuestra España en el culto del Misterio de la Immaculada Concepcion desde los mas remotos siglos: y el Sr. D. Cárlos III. se distinguió en estos últimos tiempos en venerar dicho Misterio, dando diferentes providencias para ello, y fundando una nueva órden, como puede verse con lo dicho *lib. 1. tit. 9. cap. 9. sec. 16. art. 8.* cuya institucion se dirige á promover el culto de tan santo Misterio, y á castigar á los contraventores de los decretos y leyes, con que se ha prohibido el impugnarle.

*De las impuestas á los que leen libros prohibidos.*

2. Quán nociva sea la lectura de los libros opuestos á la religion, es por sí bien manifiesto, y por lo dicho en el *lib. 2. tit. 9. cap. 8. sec. 1.* Por esto el tribunal de la Santa Inquisicion suele prohibir to-

dos los que pueden inficionar los ánimos con mala doctrina baxo pena de excomunion mayor, y con otras penas temporales, de las quales se ha hablado ya en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 14. *sec.* 3. *art.* 3. *numer.* 15. *hasta el* 18., y se hablará al tratar de libreros en la *sec.* 6. *art.* 3.

## SECCION II.

### *De los delitos opuestos á la justicia distributiva ó conmutativa, y de las penas correspondientes á cada uno de ellos, empezando por los de lesa magestad.*

## ARTÍCULO I.

### *De los delitos de lesa magestad* in primo capite.

1 Entro á tratar de los delitos, que se oponen á la justicia, valiéndome para proceder con órden de la division, que puse en el *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *s.* 1., dividiendo la justicia en distributiva, conmutativa y meramente legal: y aunque quizá pareceria mas expedito, ó mas conforme á dicha division el ir siguiendo los delitos con oposicion y relacion á cada una de las tres especies de justicia, con todo, como las dos distributiva y conmutativa se encuentran y estan enlazadas en muchísimas partes, será sin duda mejor tratar primero de los delitos, que se oponen á la justicia, ya sea distributiva ya conmutativa, empezando por los que mas alteran el órden de la república, y descendiendo por grados á los demas, y hablar despues de los delitos, que se oponen á la justicia meramente le- *Órden con que se tratará de estos delitos.*

gal, cuya explicacion será mucho mas fácil despues de haber advertido lo mucho, que hay que decir con relacion á la justicia distributiva y conmutativa, á una de las quales, ó á ambas se oponen los delitos, que incluyo en esta seccion, como podrá ver qualquiera, que exâmine bien el asunto.

*Del delito de lesa magestad in primo capite, y su gravedad.*

2 El delito mas horrendo, y que se presenta primero, es el que se llama de lesa magestad, esto es, el que se comete contra la suprema potestad del estado, ó ya se halle ésta depositada en uno, ó en mas, ó en todo el pueblo. La atrocidad de este delito no necesita de reflexîones, manifestándola ya por sí el solo nombre, porque lo mas grave, lo mas atroz y destructivo de la sociedad, para cuya conservacion se han establecido las penas, es el tirar contra la misma potestad y constitucion del estado, y el destruirla. La circunstancia de ser los reyes y demas personas, que tienen las riendas del gobierno, depositarios del poder supremo de Dios, en el modo, que se ha explicado en el *lib.* I. *Prelim. cap.* 2. *num.* 2. *hasta el* 5. nos ha de hacer mirar este delito como un horrendo sacrilegio, que es el concepto, que ya tuviéron de él los romanos, siendo las primeras palabras de la *ley* I. del título del *Digesto Ad leg. iul. mai.* las siguientes: *proximum sacrilegio crimen est quod maiestatis dicitur.* Las leyes romanas, como se puede ver en la 2. del mismo título, dividen este delito en distintos capítulos con relacion á los de la ley de lesa magestad, y segun parece en dos: al primero correspondia el delito de los que ofendian á la magestad con ánimo hostil, ó enemigo del estado ó del príncipe; y al segundo los que sin este ánimo ofendian á la misma magestad: así se colige de la *ley* 11. *Dig. Ad leg. iul. mai.*: el primero cas-

tigaba á los que se dirigen á la destruccion total de la magestad, cooperan ó disponen los medios para ello: el segundo á los que, sin pretender destruir la magestad, la ofenden ó faltando al respeto debido, ó usurpando alguno de sus derechos y regalías. Los autores han adoptado comunmente en todas partes la division de este delito en crímen de lesa magestad *in primo capite*, como llaman, y *in secundo capite*, bien que no hallo, que definan, separen, ni sigan con la debida exâctitud estas dos divisiones. Muyart en el *lib.* 3. *de Les loix criminelles de France tit.* 2. *cap.* 2 en el principio, despues de haber tratado en todo lo antecedente del crímen de lesa magestad *in primo capite*, da la definicion de los que lo son *in secundo*, autorizando con ella el principio, que acabo de establecer: *se comprehenden*, dice, *baxo de este nombre*, (de crímen de lesa magestad humana *in secundo capite*) *todos los que tiran solamente á herir la magestad del príncipe sin destruirla.*

3 Puesta esta definicion es evidente, que debe entrar en el número de los delitos de lesa magestad *in primo capite* qualquier atentado, insulto, ultrage, injuria y desacato hecho contra la persona del soberano, que reune en sí y representa toda la magestad de la nacion, las inteligencias con enemigos, las conjuraciones, las tramas, traiciones, alborotos, y sediciones maquinadas ó executadas contra el príncipe, ó el mismo estado, *ley* 1. §. 1., *ley* 2., *ley* 3. 4. *y* 10. *Dig. Ad leg. iul. mai.*, *ley* 5. *Cod.* del mismo título.

*Varias especies de este delito.*

4 Segun Muyart en el *lib.* 3. *tit.* 2. *cap.* 1. §. 2. los atentados é insultos contra la reyna, príncipes é infantes reales, son delitos de lesa magestad *in primo capite*. Esto se ha de inferir del estrecho vín-

*El insulto contra qualquiera persona real es de-*

*lito de dicha especie.*

culo, que los une con el rey, el qual por las reglas, que se darán despues al hablar de injurias, hace que la que se comete contra la muger é hijos se entienda hecha al marido y padre, verificándose con mucha mas propiedad de las personas expresadas lo que de los consejeros dicen los emperadores en la *ley* 5. *Cod. Ad leg. iul. mai.*: *pars corporis nostri sunt.*

*No lo es el insulto contra personas de la real servidumbre y consejeros del rey.*

5 Muyart en el citado *lib.* 3. *tit.* 2. *cap.* 1. §. 3. pone tambien entre los delitos de lesa magestad *in primo capite* el de los que insultan ó conspiran contra los principales oficiales empleados en la servidumbre del soberano, apoyándose en la *ley* 5. *Cod. Ad leg. iul. mai.*, en donde se gradúa este delito por de lesa magestad: pero no se expresa allí, que sea *in primo capite*: ni convence del todo la razon, en que estriba dicho autor.

6 Dice Muyart, que segun los Emperadores Arcadio y Honorio en dicha ley los consejeros por la íntima confianza, con que los honra el soberano, se entienden ser parte del cuerpo del mismo príncipe, y que por esto la ley castiga á los reos de este delito con la pena de muerte y confiscacion, que es la ordinaria de este crímen de lesa magestad *in primo capite.*

7 Puede añadirse á esto, que por formar los consejeros en los consejos supremos un cuerpo, de que es cabeza el rey, ha de resentirse la cabeza, y tenerse por ofendida, siempre que se ofenden los demas miembros del cuerpo. De este modo discurren algunos, queriendo extender el delito de lesa magestad de la *ley* 5. al caso, en que se insulte á algun consejero del rey en audiencias y chancillerías y consejos, por despachar estos tribunales en nombre del soberano.

8 Pero estos raciocinios son muy metafísicos y poco sólidos, para probar, que el atentado hecho contra un magistrado, aunque sea por sí digno de castigo y crímen de lesa magestad, lo sea del mismo modo, que quando se hace inmediatamente contra las personas reales: además la *ley* 5. no solo habla de consejeros, sino de otras personas ilustres de la confianza y servidumbre de la real persona: de esto ya se hace cargo Muyart, que tal vez por esta misma razon no se valió de la que acabo de oponerme. La íntima confianza vale ciertamente poco: y no persuadirá á nadie, que por ella deba decirse, que son una misma persona con el soberano las de su servidumbre: nada prueba la pena de muerte y confiscacion, porque esta es comun á los delitos *in primo capite* y á algunos de los que lo son *in secundo*, como se verá despues. En la nota al §. 2. *tit.* 2. *lib.* 3. *Droit public* de Domát se dice, que los que insultan á los magistrados ó senadores son castigados mas severamente, que los que cometen igual atentado contra los particulares; pero que no son tratados como reos de lesa magestad: dice Domát en aquel párrafo, que las palabras *pars corporis nostri sunt* de la ley de Arcadio y Honorio mejor que á los senadores puede acomodarse á las personas mas ilustres, como á xefes de la casa ó servidumbre real.

9 La pena, establecida por derecho romano, ó por los Emperadores Arcadio y Honorio, contra los reos de este delito *in primo capite*, es la de muerte con confiscacion de todos los bienes; *ley* 5. *Cod. Ad leg. iul. mai.*, alcanzando la calamidad á los hijos, no solo en que se les prive de la sucesion á los bienes del padre condenado por este delito, sino aun de la sucesion de los bienes mater-

*Penas por derecho romano de dicho delito.*

nos, y de los de sus abuelos y parientes, haciéndoseles incapaces de poder adquirir por via de testamento de qualquier extraño, y dexándose reducidos á la mendicidad é infamia con inhabilitacion para todos empleos: solamente queda salva la legítima de los bienes maternos á las hijas, de las quales dicen los emperadores, que por la flaqueza del sexô se ha de esperar, que no tendrán tanta osadía como sus padres: *minus ausuras* dice la *ley* 5. §. 1. *y* 3. Es particular en este delito por la misma ley en el principio, que se castiga el solo pensamiento ó determinacion de cometerle, aunque no tuviere efecto: se castigan como reos de él los que, teniendo noticia, no dieren parte, §. 6. *y* 7. *ibid.* y los que quisieren defender ó patrocinar á los reos, §. 2. *ibid.* En él pueden acusar los que tienen prohibida por derecho la acusacion, *ley* 7. §. 1. *y* 2. *Dig. Ad leg. iul. mai.*: los testigos inhábiles para otras causas no lo son del todo en las de este crímen, *ley* 8. *Dig. Ad leg. iul. mai.*, *ley* 7. *Cod.* del mismo título: no se reconoce en él distincion de clases para la exêncion en el tormento y otros efectos semejantes, *ley* 3. *y* 4. *Cod. Ad leg. iul. mai.*: se condena la memoria de los reos difuntos, §. 3. *Inst. de Publ. iud.*, *ley últ. Dig. Ad leg. iul. mai.* En este delito se quitan ó derriban las estatuas, imágenes y insignias de los delinqüentes en los lugares, en que estuvieren, *ley* 24. *Dig. de Poen.*: y se suele mandar que se derribe la casa del reo, y que se siembre de sal como una especie de maldicion, para que no dé fruto, acomodando los autores esta pena, que en el *cap.* 5. *de Poen. in* 6. se aplica á los reos de muerte ó insulto hecho á cardenal, y lo que consta de Valerio Máxîmo en el *lib.* 6. *cap.* 3., que se hizo con las casas de Graco

y Saturnino por reos de sedicion, cuyas casas fuéron demolidas: no se admite apelacion en este delito, *ley* 6. §. 9. *Dig. de Iniust. rupt.*

10 Algunas de estas circunstancias de pena particular en este delito se han extendido á delitos de lesa magestad *in secundo capite*, como se verá en sus respectivos lugares: la de extender la pena á hijos se ha tenido siempre por muy dura. Vinio al §. 3. *Inst. de Publ. iud.* es de parecer, que arrepentidos Arcadio y Honorio derogáron este derecho con la laudable constitucion, que se lee hecha por los mismos Emperadores dos años despues en la *ley* 22. *Cod. de Poen.*, con la qual se manda ceñir precisamente toda pena á los culpados.

*Algunas se extienden al delito in secundo capite.*

11 En quanto á derecho de Castilla de las *leyes* 1. 2. *y* 3. *tit.* 18. *lib.* 8. *Rec.* consta, que la pena de este delito es muerte y confiscacion de todos los bienes. Pradilla en la *part.* 1. de la *Suma de leyes penales* dice, que la muerte es con infamia y de horca; aunque sea hidalgo y noble el reo, perdiéndose en este caso el privilegio, y que la morada y casas del que tal delito comete se echan por tierra y derriban, perdiéndose el señorío de ellas con todos los bienes: cita la *ley* 4. *tit.* 2. *part.* 7. En Gomez en el *tom.* 3. *Var. resol. cap.* 2. *num.* 11. *hasta el* 14., citándose leyes del reyno, se puede ver lo mismo, y que se condena la memoria del difunto, é inhabilitan los hijos para empleos y sucesion de ambas líneas, tanto de ascendientes y descendientes, como de los colaterales: pero no veo que para esto cite ley real, ni que se haga cargo de la *ley* 22. *Cod. de Poen.*, con la qual parece, que se revocó la 5. *Cod. Ad leg. iul. mai.* La inhabilitacion para empleos y cosas semejantes pueden defenderse de modo, que no se haga por pena, sino

*Penas por derecho de Castilla.*

por causa. Puede haberla muchas veces para comprehender á algun inocente en alguna calamidad, como en la guerra, sin que tenga lugar como pena.

*por derecho de Cataluña.* 12 Por lo que toca á Cataluña en el *cap.* 19. y 20. de la *Práctica criminal de Peguera* se trata de este delito, y del modo de procederse contra los reos de él, contra sus fautores y receptadores. Amigánt en la *decis.* 22. habla de la pena de este delito: hasta el *num.* 10. trata de las que suelen aplicarse en otras partes: desde el *num.* 11. de las de Cataluña diciendo, que á los reos de lesa magestad *in primo capite* en esta provincia, si son nobles ó *gaudentes*, se les quitan los privilegios de nobleza; que se les da garrote, y se les confiscan sus bienes; y que despues de la sentencia, ántes de la execucion, se ponen en qüestion de tormento para descubrir á los córreos; que lo mismo se practica con los del estado general ahorcándose los reos: *n.* 13. dice, que, si el reo es capataz de conjuracion, se le condena á muerte, á que le lleven arrastrando al suplicio, á cortarle la cabeza poniéndola en una escarpia en la plaza llamada *dels traidors*, y á desquartizarle, poniéndosele tambien ántes de executarle en qüestion de tormento: añade en la *decis.* 38. *n.* 33., que quando se cometen muchas atrocidades en una sedicion se ha de demoler la casa del reo y sembrarla de sal. Quando está este delito complicado con latrocinio se condena el reo á azotes, á cortarle la oreja, y á horca con confiscacion de bienes, restitucion de lo robado liquidacion reservada y tormento *in capita sociorum*, dicha *decis.* 22. *num.* 15.: quando nó consta plenamente se aplica la extraordinaria, *num.* 16. *ibid.*: refiere casos prácticos de la aplicacion de dichas penas en los números citados; y en la *decis.* 38.

*num.* 42. *y* 43. los trae de aplicacion de pena extraordinaria, cuyo exemplo puede servir para gobernar el juicio segun las circunstancias y ocurrencias. Del mismo autor en la *decis.* 39. *num.* 10. *hasta el* 15. consta, que en los delitos de lesa magestad se siembran algunas veces de sal las casas de los reos, y que se suele condenar la memoria del difunto, executándose la pena en el cadaver *n.* 16. *hasta el* 22. *ibid.* La confiscacion de bienes consta de la *const. ult. dels Bens condemnats*, y que esta pena es peculiar en Cataluña en este delito y en el de la heregía.

13 Hasta aquí he hablado casi en general del delito de lesa magestad *in primo capite*: en particular no hallo cosa, que decir, sino en quanto á los espías, que han de considerarse reos de lesa magestad *in primo capite*. Por la *ley* 6. §. 4. y la 7. *Dig. de Re milit.* tienen pena capital y se sujetan al tormento por la *ley* 38. §. 1. *Dig. de Poen.* Cortiada *decis.* 277. *num.* 80. dice, que por las leyes y autores de Castilla, que cita, se ahorcan ó queman vivos: en la *ley* 2. *tit.* 28. *part.* 2. se previene la pena de muerte, arrastrándose ó desquartizándose los reos: *num.* 81, 82. trae el mismo Cortiada dos exemplos de haberse dado en Cataluña pena de muerte á espías como á reos de lesa magestad: la que suele dárseles en esta provincia, segun parece allí mismo, es la de horca y de desquartizar el cadaver llevando arrastrado al reo al suplicio, y poniéndose la cabeza en una escarpia, y dandosele tormento sin perjuicio de la prueba.

*De los espías y sus penas por derecho romano, de Castilla y de Cataluña.*

14 En el *art.* 67. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se dice, que los espías de ambos sexôs han de ser ahorcados. En el *art.* 45. *y* 46. *ibid.* tambien se pone pena de muerte al que en tiempo de guerra tu-

*por ordenanzas militares.*

viere correspondencia por escrito ó verbal con los enemigos, y al que les revelare el santo, seña ó contraseña de la tropa, executándose la pena del modo, que corresponda á la calidad y caracter del delinqüente.

15 Quando el delito de lesa magestad *in primo capite* es de insulto contra la vida de rey ó persona real esta circunstancia agravante exîge, que se agrave tambien la pena.

## ARTÍCULO II.

### *De los delitos de lesa magestad* in secundo capite.

### §. I.

### *De los delitos de lesa magestad* in secundo capite *en general.*

*Filangieri defiende, que no hubo esta especie de delitos antiguamente.*

1 Delitos de lesa magestad *in secundo capite* son los que ofenden á la magestad, aunque no sea con ánimo enemigo ó dañado de destruir la república, ó su cabeza; sino con la usurpacion de alguno de los derechos y regalías de la soberanía, ó agraviando á la magestad de qualquier otro modo. Filangieri en el *tom.* 3. *de su Ciencia de la legislacion part.* 3. *cap.* 45. dice, que mientras duró la libertad en Roma el delito de lesa magestad estaba ceñido al que hemos explicado serlo *in primo capite*; que Sila fué el primer monstruo, que le extendió; que le imitó en esto despues Cesar Augusto; que Tiberio le llevó hasta el exceso de que los libelos famosos fuesen delitos de lesa magestad; y que la pluma de un satírico fué confundida con la espada de un parricida.

2 Esto se dice con tanta ligereza, como magisterio: y se puede probar fácilmente, que, ántes de los tiempos de Sila reconocian los romanos diferentes especies de delitos de lesa magestad con solo Cicerón. Si se coteja lo que él dice en el c. 30. de sus *Partitiones oratorias*, en el *cap.* 17. *del lib.* 2. *de Inventione rethorica*, en el *cap.* 39. *del lib.* 2. *de Oratore*, en el *cap.* 12. *del lib.* 2. *ad Herennium*, en el *cap.* 31. *lib.* 1. de la *Accion segunda* contra Verres y en el *cap.* 41. del *lib.* 4. *ibid.* se verá, que ántes de Sila y de los emperadores en tiempo de la república floreciente se tenian por reos de lesa magestad todos los que tiraban á destruir la dignidad, esplendor y gloria del imperio romano, y de la potestad pública, ó á disminuirla, y los que obraban lo mismo contra el poder de aquellos, que le tenian confiado por el pueblo.

*Autoridades con que se impugna dicha opinion.*

3 Prescindiendo de esto segun la legislacion romana, ya sea solamente la de los tiempos posteriores, ya tambien la de los antiguos, generalmente adoptada en todos los estados, fuera del delito de lesa magestad *in primo capite* deben considerarse otros *in secundo* del modo, que arriba se ha dicho: y esto la sola *ley* 24. *Dig. de Poen.* lo prueba, constando de ella, que no siempre era de muerte la pena del crimen de lesa magestad, como debiera serlo, si solo hubiese delitos de lesa magestad *in primo capite*: consta de la misma ley, que la pena en este delito era algunas veces de relegacion ó deportacion, y por consiguiente arbitraria segun lo que pidiesen las circunstancias. Está con esto conforme todo quanto dixe de los delitos *in primo capite*: y en realidad, hablando en general de el delito de lesa magestad, pueden ser muy distintos los modos, con que ésta se ofende: por es-

*Leyes romanas que castigan dichos delitos con pena arbitraria.*

to mismo parece no podia establecerse pena de otra suerte, aplicándose á algunos delitos penas determinadas, de que iré hablando por su órden. Concuerda bien con todo lo dicho lo que se lee en Muyart en el *lib.* 3. *citado tit.* 2. *cap.* 2. en el principio y *núm.* 2., que los delitos de lesa magestad *in primo capite* siempre se castigan con pena de muerte, pero no los que lo son *in secundo.*

§. I.

*De las sediciones.*

*De la sedicion, que es el objeto de este párrafo, y de su gravedad.*

1 Uno de los delitos mas enormes de lesa magestad *in secundo capite* es la sedicion, tumulto, alboroto, levantamiento, comocion, bullicio ó motin, con que se procura conmover, ó se conmueven las gentes, separándolas del natural amor, respeto ó subordinacion, que se debe tener á los magistrados ó al gobierno: si la comocion se hace con maligno ánimo de hostilidad, ó se dirige á destruir la magestad, es mas atroz delito, que el que forma el objeto de este §., y debe reducirse á crímen de lesa magestad *in primo capite*, en cuyo número claramente parece que le pone la *ley* 1. §. 1. *Dig. Ad leg. iul. mai.*, y le he tambien incluído en nuestra explicacion del primer capítulo: pero, aunque la sedicion no sea con dicho ánimo, ni se dirija á tan horrible maldad, sino á rehusar la obediencia de alguna ley ó precepto de la superioridad ó magistrados, ó á solicitar alguna cosa, aunque por otra parte fuere de pedir ó desear, no dexa de ser delito, y de los gravísimos de lesa magestad, por perderse el respeto y la subordinacion debida á los que mandan, sin valerse los pueblos

y ciudadanos de los medios regulares y legítimos, de pedir, y representar, sino de los violentos y prohibidos de conspirar con bandos y parcialidades. Es este crimen digno de severo castigo, porque, siendo tan fácil y voltario el vulgo, y como es notorio, es imposible, que de las providencias, por mas justas que sean, falte quien murmure: y por otra parte es fácil, que por enemigos de la patria y del bien público se siembre cizaña con mil dañadas intenciones: si no se escarmentasen los reos de este crimen se hallaría el estado en un continuo é inminente peligro de perderse y trastornarse todo.

2. Antes de expresar las penas impuestas á este crimen haré mencion de algunas providencias de estos últimos tiempos, que, aunque posteriores, corresponde ponerlas aquí, por ser declaratorias de quién es y debe entenderse sedicioso, y por hablar en general con relacion á las penas de las leyes anteriores, de que se tratará despues.

3. Con fecha de 14 de abril de 1766 hay un auto acordado del Consejo, con el qual se mandó celar en todo el reyno contra pasquines, libelos, sátiras, versos y qualesquiera papeles sediciosos é injuriosos á las personas públicas, y particulares, prometiéndose el secreto á qualquiera delator: se publicó en Madrid, y se mandó pasar circularmente la órden á todo el reyno.

*Debe celarse contra los que esparcen libelos y sátiras.*

4. Con auto acordado de 5 de mayo de 1766 se declaráron nulos los perdones hechos por los magistrados en asonadas y alborotos, y que éstos son crímenes de lesa magestad.

*El alboroto es crimen de lesa magestad.*

5. Con cédula de 18 de setiembre de 1766 se mandó, que al tenor de lo dispuesto en la *ley 3. tit. 4. lib. 8. Rec.* se remitiesen presos á S. M. los

*Los eclesiásticos que murmuran contra*

*el gobierno deben remitirse presos al Rey.*

eclesiásticos, que declamasen ó murmurasen contra el Rey, Personas Reales, estado ó gobierno, previniéndose á las justicias, que en caso de negligencia de los prelados eclesiásticos, á quienes deben advertirse los excesos de sus súbditos en esta parte, se reciba sumaria informacion sobre el nudo hecho y se remita al Sr. Presidente del Consejo, prometiéndose que se mantendrán reservadas estas denuncias. Con auto acordado del Consejo de primero de abril de 1767 se declara, que el que se arrogare la facultad de poner en execucion ó de fingir ó anunciar de autoridad propia y privada algunas leyes, reglas de gobierno inciertas ó á vueltas de ellas especies sediciosas, ya sea de palabra ó por escrito, con firma ó sin ella, por papeles ó cartas ciegas ó anónimas, debe ser castigado como conspirador contra la tranquilidad pública, y tratado como reo de estado, valiendo contra él las pruebas privilegiadas.

*Los que hagan diligencias á favor de la Compañía se declaran reos de estado con varias penas.*

6. En el *cap.* 11. de la pragmática de 2 de abril de 1767 se manda, que qualquiera Jesuíta expulso, que con permiso de S. M. volviere y hiciere diligencias, pasos, insinuaciones directa ó indirectamente á favor de la Compañía, debe ser tratado como reo de estado: y en el *cap.* 16., que lo mismo debe observarse con los que escribieren, reclamaren ó conmovieren con pretexto de las providencias relativas á la expulsion en pro y en contra de ellas. Con cédula de 3 de octubre de 1769 se impuso pena de muerte y de confiscacion de bienes á los impresores, libreros y tenderos, que impriman, vendan ó introduzcan de fuera del reyno estampas alusivas á la expulsion de los Jesuítas ó regreso de ellos, ó no acusen á los que las tuvieren. Con real provision del Consejo

de 25 de setiembre de 1790 se prohibió la introduccion y curso en estos reynos de la carta del Caballero Villegas, Consejero en el Supremo Consejo de Brabante, por impugnarse en ella el breve de la extincion de la Compañía del nombre de Jesus, baxo las penas contenidas en la pragmática de 2 de abril de 1767.

*En caso de tumulto son reos de él los que no dan cuenta de los papeles sediciosos, los que no se retiran y andan agavillados.*

7 La cédula de estos últimos tiempos mas particular en punto de bullicios y alborotos es la de 17 de abril de 1774, de la qual he hablado largamente en el *lib.* 2. *tit.* 9. *cap.* 13. *sec.* 1., al qual me refiero: en el *cap.* 5. de dicha cédula se declaran cómplices en la expendicion de papeles sediciosos los que los copiaren, leyeren ú oyeren leer, sin dar prontamente cuenta á la justicia, prometiéndose poner sus nombres en testimonio reservado, todo sin perjuicio de proceder á la averiguacion de los autores. En el *cap.* 7. *ib.* se manda, que los que en caso de tumulto, despues de publicado un bando, que se ha de echar de órden de la justicia para que se separen las gentes, se hallen unidos en número de diez, deben ser tratados como reos y autores del bullicio: y en el *cap.* 8. *ibid.* se declara, que los que no se retiran á sus casas, inclusos los que se hallen por curiosidad en las calles, deben ser castigados como desobedientes al bando. De la *decis.* 37. de Amigánt *num.* 9. y de Cortiada *decis.* 104. *num.* 13. parece, que tambien ántes se tenia por necesaria la reunion en número de diez personas, para tratarse de sedicion ó alboroto.

*Pena de este delito por derecho civil y de Castilla.*

8 Hasta aquí no tanto he hablado de la pena de este delito, como de los que deben estar comprehendidos en él, pudiendo dar mucha luz para la inteligencia de esto las citadas cédulas. La pena

de este delito por derecho civil, como pueden ser tantos los modos, con que el hombre se haga reo de él con mayor ó menor influxo en la seduccion y conmocion de ánimos, y en los estragos, que suelen causarse con él, es arbitraria, como puede colegirse de la *ley* 1. *y* 2. *Cod. de Seditio.*, y comunmente la de muerte, *ley* 38. §. 2. *Dig. de Poen.* Arbitraria tambien parece que es por derecho general de España, de Castilla y de Cataluña. La regla en la pena de este delito ha de ser, que el temor alcance á todos, y el castigo de muerte á pocos, para no perder la multitud. En las Instituciones del Derecho de Castilla de D. Ignacio Aso y de D. Miguel Manuel en la palabra *Asonadas* se dice, que estas, los apellidos, bandos, parcialidades y levantamientos se prohiben baxo la pena de destierro, y la de muerte por la tercera vez, citando la *ley* 6. *tit.* 15. *lib.* 8. *Rec.*, que lo prueba en realidad. En la *ley* 2. *ibid.* se manda, que si se causare daño en las asonadas se pague con el quatro tanto á S. M., y el doble á la parte, á quien se ocasionare: pero mayor pena, que las dichas, parece que hablando generalmente ha de corresponder, y en especial si se siguió alguna mala resulta. No hallo sobre esto ley terminante en el *titul.* 15. *lib.* 8. de la *Recopilacion* y de los autos acordados, que son sobre levantamientos y asonadas. Con todo no dudo, que por el espíritu de la *ley* 6. *tit.* 12. y de la *ley* 14. *tit.* 23. *lib.* 8. *Rec.* si se causase daño ó desórden mayor, como si muriere alguno en la pelea ó cosa semejante, ha de morir el autor principal de la asonada, como ya así lo dice Pradilla *Sum. de Ley. pen. part.* 1. *cap.* 38. *numer.* 3.

*por derecho* 9 En quanto á Cataluña en la *decis.* 37. de Ami-

gánt *num.* 32. consta, que si de la sedicion resulta muerte ó daños se castiga con pena de muerte el reo de este delito, sino hay daños con pena arbitraria segun las circunstancias. Cortiada en la *decis.* 104. trata de los sediciosos, y *num.* 23. de los que por petulancia se agregan á la sedicion, gritando con los sediciosos: á estos, que se unen de este modo dice, que unas veces se ha aplicado en Cataluña destierro, otras relegacion á isla, otras galeras, y otras muerte, segun los efectos, y parte de la influencia con la voz ó con las obras. En el *cap.* 1. del edicto de 21 de octubre de 1716, de que hablo varias veces, se manda, que no ha de haber sometenes, ni otras juntas de gente armada ó no armada en Cataluña, ménos los que necesiten los magistrados para las execuciones de justicia, so pena de ser tratados los contraventores como sediciosos: en el *cap.* 4. *ibid.* se lee la pena de deportacion á fortaleza ó presidio por diez años, y menor ó mayor á arbitrio hasta la de muerte, á los que gozan de privilegio de nobleza, y de diez años de galeras á los plebeyos con el mismo arbitrio. A los que tienen noticia del lugar, donde estan retirados dichos reos, y no los denuncian á la justicia, si gozan de privilegio de nobleza, se les condena segun el mismo *cap.* 4. á tres años de relegacion á isla, y á tres de galera los plebeyos, y á las justicias negligentes en perseguirlos con cinco años de relegacion á isla, ó á remo de galera segun dicha distincion, y mayor siempre ó menor á arbitrio. En el *cap.* 47. *ibid.* se lee la pena de siete años de galera al remo, mayor ó menor hasta la de muerte natural, á quien vierta voces sediciosas moviendo tumultos. *de Cataluña.*

10 Los militares, que concitaren atroz sedi- *por ordenan-*

*zas militares.* cion, tienen pena de muerte, *ley* 3. §. 19. *Dig. de Re militari.* En el *art.* 26. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se dispone, que los que emprendieren qualquiera sedicion, conspiracion ó motin, ó induxeren á cometer estos delitos contra el servicio de S. M., seguridad de las plazas, y paises en sus dominios, contra la tropa, comándante ó oficiales, y los que no lo delataren teniendo noticia, han de ser ahorcados en qualquier número que sean: en el *art.* 27. *ibid.*, que el que con fuerza, amenaza ó seduccion embarace el castigo de los tumultos ó desórdenes, tiene pena de muerte; y los que fueren omisos en dar el auxîlio han de ser sentenciados segun las resultas: en los *artículos* 29. *y* 30. *ibid.*, que los que levanten la voz en grito tumultuario sobre qualquier asunto, sea para pedir el pan ú otra asistencia, se han de diezmar para ser pasados por las armas: pero el que se verificase haber sido el primero ha de sufrir la misma pena sin entrar en suerte. En el mismo *art.* 30. se previene, que, quando el tumulto ó los tumultuantes no lleguen á diez, el motor ha de morir, de los demas se ha de sortear uno para seis años de arsenales, los otros han de perder el tiempo de su empeño, y los que no tuvieren tiempo han de ir á servir sin él á un presidio de Africa: en el *artículo* 31. *ibid.* se dispone, que, si el pan y demas utensilios no son de la calidad que corresponde, podrán quatro ó cinco soldados juntos representarlo con sumision al comandante del regimiento, y si éste no obra al de la plaza ó quartel. En el *art.* 41. del mismo *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se previene, que si, estando la tropa en armas, saliere de entre los soldados alguna voz ó discurso sedicioso, ó que conmueva á la desobediencia, se en-

caminarán los oficiales, que se halláren presentes, adonde hubieren oido la voz, prenderán cinco ó seis poco mas ó ménos, poniéndolos á la cabeza de la tropa, y mandándoles que nombren al que gritó: si le descubren será allí mismo pasado por las armas el que gritó, precediendo justificacion, que lo compruebe, y quando no lo descubran el uno de ellos, echando suertes, sufrirá la misma pena. En el *art.* 42. *ibid.* se manda, que el que hubiere proferido ó escrito palabras inductivas de sedicion, motin ó rebelion, ó no diere cuenta á sus superiores inmediatamente, tendrá pena de muerte ó corporal segun las circunstancias, que agraven ó disminuyan el delito. En el *art.* 53. *ibid.* se dice, que el que hiciere ruido, capaz de excitar confusion en la tropa ó en el pueblo, y el que en marchas y campaña disparare sin permiso, tendrá pena corporal. En el *art.* 62. *ibid.* se manda, que qualquiera desde sargento abaxo, que llame ó apellide en su ayuda á una nacion, regimiento, compañía ó piquete, ha de ser pasado por las armas: en el *art.* 63. *ibid.* se impone la misma pena al que llame á otro en su ayuda en la pendencia, y la misma á los que llamados le acompañen.

## §. III.

### *De la blasfemia del Rey.*

*Pena de este delito por derecho romano y de Castilla.*

1 Despues de la sedicion entra luego el delito, sumamente inductivo de sedicion, que se llama en los códigos de nuestra legislacion blasfemia del Rey, esto es de los que hablan mal de S. M. En la *ley* 3. *tit.* 4. y en la 11. *tit.* 26. *lib.* 8. *Rec.* se manda, que el que blasfemare, ó dixere palabras injurio-

sas del Rey ó Reyna, de los Príncipes ó Infantes, si es persona de grande calidad, ó de *mayor guisa*, debe ser enviado preso á S. M. para darle la pena, que se entendiere merecer, y que, si es de otra condicion, ha de perder la mitad de sus bienes teniendo hijos, y no los teniendo todos, quedando la pena corporal á arbitrio de S. M.: Pradilla *Suma de ley. pen. part.* 1. *cap.* 4. dice, que las disposiciones de estas leyes han de entenderse del que dixere mal con ánimo de injuriar á S. M. y de amotinar el pueblo, citando la *ley únic. del Cod. Siquis Imperatori maledixerit*: en esta previene el Emperador Teodosio, que si alguno se hallare tan descomedido y arrojado, que diga mal de él, y reprehenda los tiempos y gobierno de su imperio, no quiere que por ello sea castigado, *porque*, dice, *si lo hizo por liviandad no ha de hacerse caso de él; si por locura es digno de compasion; si por injuriarnos debe ser perdonado. Y así mandamos, que se nos dé cuenta de lo que en esto hubiere, sin que ningun juez haga novedad, para que nosotros conforme á la calidad de las personas juzguemos de sus palabras, y determinemos si es bien dexarle ó castigarle.* Amigánt en la *decis.* 21. trata de esta ley; y dice, que el que hubiere hablado mal con palabras, de que no se pueda seguir perjuicio al estado, puede quedar perdonado por el príncipe: pero, que si se puede seguir daño al estado, es delito de lesa magestad: trae exemplares de haberse castigado á algunos con la pena de galera por voces esparcidas contra la causa pública ó el gobierno. Lo mas, que puede pretenderse en los casos, que significa Pradilla, es el dar cuenta á S. M.

## §. IIII.

*De acopio de armas, fundicion de artillería, y qualquiera fábrica de instrumentos, materiales y utensilios de guerra, y de construccion ó destruccion de fortalezas.*

1 El hacer acopio de armas, fundicion de artillería, y qualquier fabrica de instrumentos, pólvora, materiales, y utensilios de guerra, construcciones de fortalezas, y destrucciones de ellas sin permiso de S. M., son tambien delitos de la clase, de que tratamos, no solo porque con lo que se ha dicho al hablar de las regalías parece quedar bien conocido, que qualquiera, que hiciere alguno de dichos atentados, se arroga ó usurpa algun derecho de la soberanía, sino tambien por lo que estas cosas pueden influir, facilitar, y ocasionar sediciones, resistencias á la justicia, alborotos y desórdenes.

*Razon por qué este delito es de lesa magestad.*

2 Este delito tambien le castigaban los romanos, como contravencion á la ley julia *de Vi pública, ley* 1. *Dig. Ad leg. iul. de vi publica*: y de la misma *ley* y de la 2. *ibid.* consta, que no deben comprehenderse en la prohibicion de acopios y repuestos de armas las que tenga uno en su casa para la defensa, caza, viage, navegacion, y comercio: en estos casos, y en otros semejantes es inocente, y autorizado por las leyes el fin y uso de las armas, con tal que no se falte á las prevenciones y precauciones, que dispone el derecho.

*Pena de él.*

## §. V.

### *De las juntas y cuerpos ilícitos.*

*Razon por qué este delito es de lesa magestad.*

1 Al hablar de las regalías ya dixe, que no puede haber cuerpo, ni junta en el estado, que no esté permitido por la suprema potestad ó por sus leyes. Por esto qualquiera junta ó cuerpo, formado sin la voluntad del soberano, es ilegítimo, y el que contraviene en esta parte ofende á la magestad, ya porque usurpa un derecho, que es privativo de la soberanía, ya por lo que puede facilitar las conspiraciones y alborotos.

*Pena de él por derecho de Castilla.*

2 Por la *ley* 3. *y* 4. *tit.* 14. *lib.* 8. *Rec.* las cofradías de oficiales no pueden formarse sin permiso de S. M. ni juntarse so pena de diez mil maravedis por cada uno y de un año de destierro del reyno á los contraventores.

*por derecho de Cataluña.*

3 En quanto á derecho de Cataluña por la *const.* 9. *de Divers. y extraord. crims* los cuerpos y cofradias no aprobadas son colegios ilícitos: y aun los cuerpos aprobados no pueden sin licencia juntarse directa, ni indirectamente con otros, so pena de privacion de oficio, y de destierro á arbitrio á los que los hubieren juntado y á los diputados para tratar. En dicho caso se formaria un nuevo cuerpo de los dos. En el *cap.* 39. de la Nueva Planta de 16 de enero de 1716 se prohiben los sometenes y juntas de gente armada so pena de ser tratados como sediciosos los contraventores. Y segun el *cap.* 34. *ibid.* no pueden juntarse los regidores sin licencia del corregidor ó bayle, que es su respectivo magistrado y presidente. En el edicto de la Real Audiencia de 6 de julio de 1717 en el

*cap.* 1. con relacion á la Nueva Planta se dicen prohibidas todas las juntas y congresos, que se expresan en los *números* 43. 45. 46. 47. 48 *y* 51., refundiéndose todo su poder en las personas del bayle y regidores sin concurrencia de otra persona: y en el *cap.* 9. *ibid.* se previene, que los regidores no pueden juntarse sin que concurra el bayle: sin éste tampoco pueden juntarse los artesanos.

4 Con provision del Consejo de Castilla de 10 de enero de 1770, publicada con edicto de la Audiencia de Cataluña de 25 del mismo mes, se mandáron recoger todas las ordenanzas de congregaciones, hermandades y cofradías, que hubiese en Cataluña sin aprobacion del Consejo ó de S. M., prohibiendo baxo las penas contenidas en las *leyes* 3. *y* 4. *tit.* 14. *lib.* 8. *Rec.* sus juntas, y demas actos de hermandad, cofradía ó congregacion.

5 En el *art.* 28. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se prescribe pena arbitraria al militar, que induxere, ó ilícitamente juntare gente.

## §. VI.

### *De la resistencia á la justicia.*

*El resistir á la justicia es delito de lesa magestad.*

1 Despues de las sediciones, blasfemias del Rey y juntas ilícitas parece justo tratar de la resistencia á la justicia, esto es á los magistrados y dependientes, quando obran como tales representando en cierto modo la suprema potestad: de ésta tienen dichas personas comunicado todo el poder; y por la misma estan autorizadas para la administracion de justicia: de aquí se sigue, que el que

les resiste, y se vuelve contra ellas, ofende á la magestad, que no solo ha de ser obedecida y respetada en sí misma, ó en las personas, que tienen depositado el supremo poder, sino tambien en los otros, de cuyo ministerio necesita la suprema potestad para el gobierno del estado: este delito es de los que tienen mas fatales conseqüencias.

*quando se resiste á los ministros de justicia como á tales.*

2 Pero de esto mismo parece, que la resistencia ha de ser hecha á los ministros de justicia como á tales, para poder llegar á graduarse este delito de lesa magestad: de esta suerte, si alguno hubiere injuriado, herido ó muerto á algun ministro de justicia, aunque la injuria, herida y muerte deben ser castigadas mas severamente, que el mismo insulto hecho á otro particular, como delito qualificado por razon de la persona, no entiendo, que pueda ser delito de lesa magestad, sino solamente en aquel caso, en que la injuria, herida ó muerte se hiciere al ministro, obrando de oficio, y resistiéndose el reo al poder y autoridad, que le da el gobierno.

3 Dichas personas pueden ser consideradas como particulares ó privadas ó como públicas: en el caso, en qué la resistencia ó insulto se dirija á la persona en el concepto de particular, sin atravesarse el respecto de persona pública, no podrá graduarse de delito de lesa magestad, ni de resistencia á la justicia. Y aun todos los ministros de justicia en el obrar como personas públicas han de ser bien circunspectas y cuidadosas en no excederse, ni insultar á nadie, usando de toda la atencion y miramiento posible, y que quepa sin perjuicio de la seguridad de la persona: de otro modo no tanto se resiste á la justicia, como á la insolencia de un alguacil ó ministro, que se vale de la opor-

tunidad y sazon de obrar de oficio para insultar á otro.

4 Los alguaciles executores y aun los ministros superiores deben proceder en esto con la mayor circunspeccion: pero mucho mas las personas particulares, porque es dificil probar el exceso del que provoca, en cuyo caso no dudo, que deberia hacerse mérito de esto, ó para no aplicar la pena ó para minorarla. *Dichos ministros deben proceder con mucho miramiento.*

5 En la *ley ult. tit.* 22. *lib.* 8. *Rec.* se impone á los que se resistieren á las justicias, ó las hirieren en caso, que segun la qualidad del delito se les hubiese de aplicar pena corporal, la de verguenza y ocho años de galera ó mayor pena, si la resistencia fuese tan qualificada, que para el exemplo de la justicia se deba y convenga aplicar mayor castigo. *pena por derecho de Castilla.*

6 En Cataluña parece que la pena es arbitraria, no habiéndola determinada por ley, segun Peguera *tom.* 1. *de Decis. cap.* 59.: en éste se lee, que á uno, que en 1603 mató á un veguer, el qual era una especie de corregidor, que le tenia preso, se le mandó cortar la mano derecha, llevarle arrastrando al lugar del suplicio, á degollarle y desquartizarle. *por derecho de Cataluña.*

## §. VII.

### *Del quebrantamiento de carcel, de destierro, de estrañamiento y de qualquier destino mandado con sentencia.*

1 En el número de resistencia á la justicia, ó inmediatamente despues de ella, puede tratarse oportunamente de los quebrantadores de cárceles: *Pena del quebrantamiento de carcel por*

*derecho romano.*

y este delito parece ser de lesa magestad, ya por reducirse á una resistencia á la justicia, que tiene preso y asegurado al reo, ya porque las cárceles son edificios respectables para la seguridad pública de la suprema potestad, á la qual se ofende siempre, que se fuerzan las puertas ó lugares destinados á dicho fin. Por derecho romano tienen los quebrantadores de cárceles pena de muerte, *ley* 1. *Dig. de Effractor.*: los que estando presos hubieren conspirado dentro de la carcel para huir, quebrantándola en alguna parte, tienen pena extraordinaria, *ley* 13. *Dig. de Custodia et exhibit. reor.*, *ley* 13. *tit.* 29. *part.* 7.

*pena á los encargados de la custodia.*

2 Los alcaydes y soldados, encargados de la custodia, que hubieren consentido ó cooperado, ó por negligencia ó culpa en la fuga de los reos fueren responsables, tienen tambien pena arbitraria, segun el caso, que puede variar mucho con las circunstancias, *ley* 8., *ley* 12. *Dig. de Custodia et exhib. reor.*, *ley* 12. *tit.* 29. *part.* 7.

*pena de dicho quebrantamiento por derecho de Castilla.*

3 Por derecho de Castilla en las Instituciones de D. Ignacio Aso y D. Miguel Manuel en la palabra *quebrantador de carcel* se dice, que el reo de este delito tiene pena de doscientos azotes ó de verguenza pública citando la *ley* 13. *tit.* 29. *part.* 1.: y, á mas de ser habido por confeso del delito, por el qual estaba en la carcel, ha de pagar seiscientos maravedís, *ley* 7. *tit.* 26. *lib.* 8. *Rec.* La *ley* 13. *tit.* 29. *part.* 7. solo dice, que han de ser los quebrantadores de carcel como si les fuese probado el delito: en la *ley* 14. *ibid.* se previene, que debe aplicarse á estos delinqüentes la que tendria, que padecer el reo, que logra la libertad: generalmente se les suele dar la pena de azotes.

*por derecho*

4 En quanto á Cataluña Calderó en la *dec.* 24.

*num.* 20. *y* 21. dice, que la pena de quebrantadores de cárceles es arbitraria, y que se suele aplicar la de azotes y galera, y la capital, si se hizo con violencia, como de muerte ó de herida. Amigánt en el *tit.* 14. de la *Compilatio practicalis n.* 32. habla del quebrantamiento de carcel con relacion á Cortiada. Este en la *decis.* 102. *n.* 40. trae exemplares de haberse condenado á galeras, y uno á destierro á isla, por haber forzado las cárceles, y libertado á los reos. Tristany en la *decis.* 14. contesta tambien, en que la pena de los quebrantadores de cárceles es en esta provincia de azotes y galera á arbitrio segun la atrocidad del hecho, aunque no se haya logrado la fuga, si ha habido ya quebrantamiento de puertas interiores. Peguera *tom.* 1. *Decis. cap.* 1. dice, que la pena capital, impuesta por la *ley* 1. *Dig. de Effractor.*, no la entendiéron nuestros mayores de la de muerte natural, sino de la deportacion, que tambien contaban los romanos entre las capitales, y que así se declaró en un caso, que se refiere *ibid.* No parece muy natural la interpretacion de dicha ley: pero así está recibida y autorizada con práctica inconcusa, que es la que mandó observar el S. D. Felipe V.: y por otra parte concuerda esta inteligencia con el derecho de Castilla y de otras partes. Confirma todo quanto he dicho lo que el S. D. Pedro Lerena con carta de 27 de enero de 1787 participó á los capitanes generales, esto es, que los reos militares de graves delitos, que por su naturaleza pidan el destino de galeras, como los que hayan escalado las cárceles ó presidios, se confinen á ellas. *de Cataluña.*

5 Lo que comunmente advierten en esto los autores, y lo trae entre otros Hevia en la *Cur. Fil. Juic. crim.* §. 11., es que no ha de decirse quebran- *El que huye de la carcel no es reo de*

*quebrantamiento.*

tar la carcel el que se huye de ella, y va á presentarse al superior. Esto es evidente y digno de notarse, para no confundirse con preocupacion las cosas. Aun quando no vaya á presentarse el reo al superior es evidente tambien, que el reo, que se huye sin romper ni quebrantar nada de la carcel, no puede de ningun modo considerarse quebrantador: ni se suele castigar esta fuga por el amor natural en el hombre de la libertad, y por no ser justo, que, dexándosele la puerta abierta, ó proporcion para salir, se le obligue á estar dentro. Los carceleros son los que en estos casos han de ser severamente castigados.

*Se disminuye la pena en los que estan injustamente presos.*

6 Tambien exîme el mismo autor citando á Covarrubias de la pena referida al que quebrantó la carcel estando injustamente preso. Lo mismo dice Calderó *decis.* 24. *num.* 13.

*y en los que vuelven á presentarse.*

7 De la adicion á la *dec.* 1. de Peguera *tom.* 1., puesta á continuacion de la misma, parece, que si los quebrantadores de cárceles fueren inocentes en quanto al delito, por que estaban presos, se les disminuye un poco la pena: y lo mismo ha de observarse, quando la negligencia de los encargados de la custodia de los reos dió lugar ó proporcionó el delito, *ley* 1. *Dig. de Effract.* Se nota en el lugar citado en el *num.* 13. de la *Curia Filípica*, que volviéndose el reo á presentar voluntariamente á la carcel se purga la culpa y pena de la fuga, como tambien, que la pena del quebrantamiento de carcel se minora en la muger, hijo y siervo, que cometieren dicho delito por su marido, padre y señor.

*De los quebrantadores del destierro,*

8 En la clase de delitos, de que tratamos, parece, que puede contarse el quebrantamiento de destierro, del estrañamiento ó de otra providen-

cia ó sentencia dada por magistrados, por las mismas razones, que puse al hablar de resistencia á la justicia y del quebrantamiento de carcel. Estos quebrantadores se llaman *refugas* en las leyes romanas, *ley* 8. §. 6. *y* 7. *Dig. de Poen.* Por derecho romano se les duplica el tiempo, *ley* 8. §. 7. *Dig. de Poen.*, y á algunos reos como á los deportados se les aplica la pena de muerte, *ley* 4. *Dig. de Poen.* Concuerda con el derecho romano la *ley* 10. *tit.* 31. *part.* 7. y los autores, Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 2. *caso* 56., Gomez *Var. tom.* 3. *cap.* 8. *num.* 1.

*presidio, &c. y su pena por derecho romano y de Castilla.*

9 En Cataluña por la *decis.* 23. de Calderó *numero* 49. *y* 50. parece, que al relegado ó desterrado á determinado lugar, que quebranta el destierro, se le suele doblar el tiempo, que le falta conforme á la ley citada 8. §. 7. *Dig. de Poen.*: lo mismo consta de Peguera en el *tom.* 1. *Decis. c.* 41. *num.* 1., hablándose allí del que está desterrado para ménos tiempo, que el de diez años: *ibid. numero* 4. dice el mismo autor, que, si el desterrado perpetuamente de alguna provincia ó ciudad quebranta el destierro, tiene pena arbitraria no hallándose determinada por ley: el desterrado para siempre á determinado lugar de isla ó provincia dice *ibid.*, que, si quebranta el destierro, tiene pena de deportacion, citando la *ley* 4. *Dig. de Poen.*, y en el *n.* 12. *ibid.* trae exemplar de 1584. de un reo, que estaba desterrado en la isla de Cerdeña, y se le condenó á reclusion ó deportacion en un castillo: el deportado, si quebranta la deportacion, tiene pena de muerte, *ley* 4. *Dig. de Poen.* Peguera dice, que la *poena capitis*, que pone esta ley, debe entenderse de muerte natural, y trae un exemplar de haberse aplicado dicha pena

*Pena de los mismos por derecho de Cataluña.*

contra el mismo, de que se ha hablado, que primero fué condenado á galeras, y habiéndosele despues comutado en destierro perpétuo de Cerdeña, por quebrantamiento de él fué condenado á reclusion en un castillo, y finalmente por quebrantar esta deportacion fué ahorcado, *ibid. num.* 13. Cortiada en la *decis.* 86. *num.* 63. *hasta el* 65. dice, que á los que huyen de galeras, estando perpetuamente condenados á ellas, se les aplica pena de muerte: cita el exemplar expresado de Peguera: dice que á los que estan condenados para diez años se les condena para toda su vida, y que á los otros se les suele doblar el tiempo, que les faltaba para cumplir.

*Pena de los Jesuítas, que quebranten el estrañamiento.*

10 Con real cédula de 18 de octubre de 1767 á los Jesuítas legos, que volviesen sin permiso de S. M. á estos reynos, aunque sea con el pretexto de estar dimitidos y libres de los votos, se impuso pena de muerte y de reclusion perpétua á los ordenados *in sacris*, y á los cooperantes las penas de la pragmática: se declaráron tales los que sabiendo la llegáda no la delataren luego. Se previno, que en quanto á los legos consultasen las justicias con las audiencias la providencia, y en quanto á los ordenados *in sacris* remitiesen el proceso de nudo hecho al Consejo.

*De los quebrantadores de presidio de Africa.*

11 Con una real cédula de 9 de noviembre de 1783 se mandó entre otras cosas, que á los que en adelante se desertaren de nuestros presidios de Africa y de los del continente, se les envie á Puerto Rico por otro tanto tiempo, como el que se les impuso en las condenas, comunicándose esta resolucion á los tribunales, á los intendentes, y comandantes de presidios y arsenales, á fin de que llegase á noticia de todos.

## §. VIII.

*Del delito de los que borran, quitan ó rompen edictos públicos.*

1 Antiguamente ó por derècho romano el edicto del pretor, ó lo que él ordenaba para el gobierno y administracion de justicia, se proponia públicamente en una tabla blanqueada; y el que la borraba ó rompia incurria en la multa de quinientos aureos, *ley 7. Dig. de Iurisd.* y en la pena de falsario, *ley 32. Dig. Ad leg. corn. de fals.*: Pradilla *Sum. de ley. pen. part. 2. caso 41. num. 3.* dice, que, aunque no se use ya aquel modo de proponerse edictos, en su lugar sucediéron los estatutos y ordenanzas, que los ayuntamientos en las ciudades y villas hacen de ordinario, y que el que las borra, quita ó rompe tiene la pena de quinientos ducados. Lo mismo dice Paz *Pract. tom. 3. §. 9. de Actionib. in factum ex albo corrupto*: se daba en este delito accion á qualquiera del pueblo, *ley 7. Dig. de Iurisdict. omn. iudic.* Se pone aquí este delito á continuacion de la resistencia á la justicia, y quebrantamiento de cárcel y destierro, por ser en algun modo de la misma naturaleza, que los referidos ántes, aunque no sea tan grave. *De este delito, y su pena.*

## §. VIIII.

*De las violencias y tropelías de hecho.*

1 Los que á mano armada, ó usando de qualquier otra especie de violencia y tropelía, omiten los medios legítimos y autorizados para conseguir *De la gravedad de este delito, y su*

*pena por derecho romano.*

cada uno lo que pretende, ofenden tambien á la magestad por las razones, que he dado en algunos de los delitos antecedentes, y porque el usar de armas y de coaccion ó fuerza es propio de la suprema potestad, y de aquellos, en quienes se deriva alguna parte de su poder: además se turba luego con estos procedimientos violentos la seguridad pública, y se desprecian los magistrados, que representan la magestad, y que son los que han de dar providencias, quando se ha de executar alguna cosa á pesar de otro, que se resiste. Hasta los acreedores legítimos, si pretenden algo de sus deudores, lo han de hacer por medio de juez correspondiente, como dice Calistrato en la *ley* 7. *Dig. Ad. leg. iul. de vi priv.* Las leyes romanas prohibiéron severamente estas violencias de hecho, como se puede ver en los títulos de las Pandectas *Ad leg. iul. de vi publ.* y de *vi privata* y en los mismos del código, formando diferentes capítulos y grados de violencia, en que no tengo que detenerme, por no ser esto de uso particular en nuestros tiempos. Solo debo decir, que las violencias ó fuerzas, quando era violencia, que llamaban pública, las castigaban con la interdiccion *aquae et ignis*, que decian, *ley* 10. §. *últ. Dig. Ad leg. iul. de vi publ.* con la confiscacion de la tercera parte de los bienes y privacion de qualquier empleo honorífico: y quando la violencia era de las que llamaban privadas, si hubiese habido muerte, se aplicaba la pena capital, *ley* 1. *Dig. Ad leg. iul. de vi priv.*, *ley* 6. *Cod. Ad leg. iul. de vi publ.*

*Luz que puede sacarse del derecho romano para gra-*

2 De las leyes de estos títulos puede sacarse bastante luz para decidir en algunos casos, si algun hecho debe graduarse de violencia, bien que es menester algun discernimiento, y cuidadoso

exâmen del uso y distincion de violencia, que hacian los romanos segun su sistema. La fuerza se entendia pública quando se hacia con armas, y privada quando se hacia sin ellas, §. 8. *Inst. de Publ. iudic.* No toda fuerza aun con armas era pública, sino la atroz y mayor de saqueos de casas, y otras semejantes, de que hay muchos exemplos en las *leyes* 1. 2. 3. 4. 5. *y* 7. *Dig. Ad. leg. iul. de vi publ.* *duarse las violencias.*

3 Á los insultados con tropelías de hecho se dan por lo que respecta al derecho privado y civil algunos beneficios, que llaman interdictos: con estos, verificada la violencia, sin entrar en ningun exâmen se reponen todas las cosas en el primitivo estado, y se restituye al que se ha despojado en su posesion: lo mismo es por derecho canónico y real. *Interdictos de derecho particular para contenerlas.*

4 En la *ley 6. del título* de *Robos y fuerzas* de la *Rec.*, que es el 12. *lib.* 8., á los que con fuerza tomaren bienes de otros se impone la pena del quatro tanto y corporal arbitraria en caso de no poderse pagar la pecuniaria. El que para robar quebrantare casa agena, y hiciere fuerza con armas, acompañado de gente, debe ser condenado á muerte y ahorcado, *ley* 11. *Dig. Ad leg. iul. de vi publ.*, *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7., Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 38., Gomez *tom.* 3. *cap.* 5. *numer.* 12. Á los que con violencia ocupan las rentas de S. M. se prescribe en la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 9. *Rec.* pena de muerte y confiscacion de bienes. En la *ley* 1. *tit.* 13. *lib.* 4. *Rec.* se manda, que si alguno entrare, ó tomare por fuerza alguna cosa, que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador tuviere algun derecho en ella le pierda: esto ya es conforme con el derecho romano. *Penas contra las violencias por derecho de Castilla.*

*por derecho de Cataluña.*

5 Con nuestra *const.* 1. *Quant sia licit á quiscú venjarse* se manda, que se trate como á bandidos á los que de propia autoridad quieren tomarse la satisfaccion de la injuria, herida ó muerte de parientes: sobre esto se vé, que habia antiguamente muchos abusos. Por el *usage* 1. *de Violencia y restit. de despull.* está prevenido lo que ya se ha visto ser de derecho comun y de Castilla, que si alguno despoja á otro de propia autoridad pierde el derecho, que tuviere en la cosa, de que se apodera, Cancér *de Restitut. spoliator. num.* 1. *hasta el* 6.

6 En el *art.* 12. del edicto de 21 de octubre de 1716 de nuestra Audiencia se lee impuesta la pena de cinco años de galera al remo á los que roban escalando casas públicas ó privadas, y cinco años de relegacion á isla á los que hicieren fabricar escalas de soga, pudiendo en qualquiera de estos casos agravarse ó disminuirse la pena segun las circunstancias. En el *cap.* 13. *ibid.* se lee, que el que quebrantare las paredes de qualquiera casa tiene la pena de diez años de relegacion si gozare de privilegio militar, y diez de galeras si fuese plebeyo, pudiéndose aumentar y disminuir tambien segun las circunstancias, y previniéndose, que, si á mas de dicha violencia se cometieren otros delitos en la casa, puede imponerse pena de muerte segun las circunstancias del delito.

*Conminacion de penas á los jueces que se exceden.*

7 No solo deben contenerse las violencias y tropelías de los particulares, sino tambien las de los jueces, que no es justo se excedan. En la real cédula de 1 de agosto de 1784 para castigar la facilidad y abuso de procedimientos y arresto contra personas de otro fuero del propio del juez, que quiere proceder, amenaza S. M. la pena de privacion de oficio, y otras mayores segun la calidad

del exceso, á los que, careciendo de fundamentos probables, hicieren semejantes procedimientos.

*Casos en que se disculpa á los particulares el tomar de propia autoridad algunas cosas.*

8 En Cancér en el *capítulo Quando liceat sine iudice se vindicare* hay algunas excepciones, en fuerza de las quales puede el particular de propia autoridad en algunos casos arrogarse, ó hacerse con las cosas, que se le han quitado: en el *num.* 8. *y* 9. se pone la excepcion de quando no hay oportunidad de hacerse restituir la cosa por juez, y no se puede seguir escándalo: en el *num.* 10. *hasta el* 15. la de quando hay sospecha de fuga del deudor: en el *num.* 31. y siguientes la de defensa propia, quando se obra en continente, y no se puede acudir á juez: en el *num.* 47. *hasta el* 51. la de quando se ha convenido expresamente: en el *numer.* 65. la del caso de homicidio ú otro delito atroz, en el qual puede qualquiera detener al delinqüente: y en fin hay otras excepciones, que pueden verse en el referido capítulo.

## §. X.

### *Del delito de cárcel privada.*

*Del delito de cárcel privada, y su pena.*

1 Es consiguiente á quanto llevo dicho en órden á regalías el que nadie pueda tener cárcel privada, á fin de asegurar en ella á los deudores ó á otros por otro qualquier motivo: el que la tiene desprecia los medios legítimos, y se arroga derecho de la soberanía, por cuyo motivo este delito lo es de lesa magestad, *ley* 1. *y* 2. *Cod. de Privat. carcer. inhib.*: por esta ley segunda se manda, que el que tuviere á otro encerrado en cárcel privada lo esté él despues en la pública por el mismo tiempo, perdiendo el derecho, que án-

tes hubiese tenido contra el otro; y por la primera consta ser delito de lesa magestad con pena de muerte contra los que le cometieren: lo mismo consta de la *ley* 15. *tit.* 29. *part.* 7. exceptuándose los casos, en que por derecho es permitido el detener á alguno. En nuestra *const.* 6. *de Capturas* se manda, que ni aun los jueces puedan tener presos en sus casas á los reos so pena de cien libras por la primera vez, aplicándose la mitad á la parte, que insta, y la otra mitad al fisco.

*Casos en que un particular puede poner ó detener preso á otro.*

2 Uno de los pocos casos, en que por derecho puede un particular tener preso ó detener á otro, es el de la *ley* 25. *Dig. Ad leg. iul. de adult.*, en la qual se permite al marido detener veinte horas al adúltero para facilitar la justificacion del delito, *testandae eius rei caussa*: los ladrones pueden ser tambien detenidos por la *ley* 4. *tit.* 8. *lib.* 5. *Rec.*: el blasfemo puede ser preso por qualquiera particular, y presentado por él mismo al juez, *ley* 4. *tit.* 4. *lib.* 8. *Rec.*: y en la *Curia Filípica Juic. crim.* §. 11. *num.* 6. se dice, que en fragante qualquiera puede prender al delinqüente, presentándole dentro de veinte horas á la justicia. Cita para esto á Gomez, á Lopez, á Salcedo y la ley referida del blasfemo.

## §. XI.

### *Del crímen de concusion.*

*De este delito y su pena por derecho romano.*

1 Otro crímen se conoce en la jurisprudencia, que en las leyes romanas se llama *concusion*, esto es el de fingir órden ó facultades de superior para sacar dinero, ó qualquiera cosa indebida: y le incluyo entre los delitos de lesa magestad, como lo

hacen otros, porque á ella directamente se ofende, fingiéndose la órden ó facultades, que no se han dado por la suprema potestad, ni por las que tengan de ella comunicadas las regalías para hacerlo. La pena de derecho civil parece, que es extraordinaria por la *ley* 1. *Dig. de Concus.*, en la qual se dice, que se ha de castigar este delito sin señalarse pena determinada.

*De lo mismo por derecho de Castilla.*

2 Los que cobran indébidamente alcabalas y otros tributos, ó los imponen de nuevo sin mandato del rey ó superior, tienen la misma pena, que los reos de fuerza ó violencia pública, *ley* 5. *tit.* 10. *part.* 7. En la *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 6. *Rec.* á los que cobran indébidamente portazgos, peazgos y otros tributos semejantes, se impone la pena de perder el término, en que tomaren el reo si fuere suyo, y si le tomaren en ageno, de devolver lo que tomáron con siete tanto y seis mil maravedis, ó destierro de dos años no pudiendo pagar.

3 Al hablar de la justicia meramente legal se verán las penas de los que llevan mas derechos de los que corresponde en la administracion de justicia.

*por derecho de Cataluña.*

4 En la *const.* 18. *De las cosas prohibidas als oficials* por el crímen de extorsion se impone la pena de restituir lo que se hubiere quitado por dicho medio y el dos tanto: lo mismo Calderó *decis.* 110. *n.* 11., en la qual se trata de este crímen. En el §. 3. *título de Plasos* de la instruccion de 20 de diciembre de 1735 se impone á los bayles y regidores de Cataluña, que recarguen mas de lo que corresponde de catastro, la multa de cincuenta libras y otras arbitrarias segun el caso.

*por ordenanzas militares.*

5 En el *art.* 120. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se impone pena con proporcion á las circunstancias

del caso al militar, que se valiere del nombre del xefe ó magistrado sin habérsele dado facultad para ello.

## §. XII.

### *De la falsa moneda.*

*El delito de falsa moneda lo es de lesa magestad.*

1 Una de las regalías, mas generalmente reconocidas de la suprema potestad, es sin duda la de batir moneda: y por esto qualquiera, que pretenda usurparse la facultad de hacerla, aunque por otra parte la haga buena de ley y de peso, comete un crímen de lesa magestad, *ley* 2. *Cod. de Fals. mon.*: como tal le gradua Covarrubias *in Collatione veterum numismatum cap.* 8. y todos los autores. Se entiende falsa la moneda, aunque no haya en ella ninguna falsificacion ó adulteracion de metal, porque siempre ha de llevar las armas, el emblema ó figura, como gravada del cuño público sin serlo.

*Cinco modos con que puede cometerse.*

2 Este delito de falsa moneda, que nunca suele cometerse de dicho modo, porque seria tonta la idea de arrogarse el delinqüente un derecho del soberano sin poderse manifestar, ni serle de utilidad ninguna, suele estar acompañado de falsificacion, ó poniendo un metal por otro, ó adulterando la liga, ó baxando el peso, ó cercenando la moneda despues de hecha. Parece que cómodamente pueden reducirse á cinco los modos de hacerse alguno reo de este delito: el primero fabricando la moneda de buena ley sin autoridad legítima, como se ha dicho: el segundo adulterándola: el tercero cercenándola: el quarto introduciéndola ó esparciéndola: y el quinto no prohibiendo ó no impidiendo el delito.

3 El primer modo ya se ha dicho ser delito de

falsa moneda, y está declarado como tal en la *ley* 2. *Cod. de Fals. mon.*: el segundo puede subdividirse ó entenderse cometido en los casos, en que, batiendo moneda de buena ley y cuño, ó con autoridad aprobada, se quita alguna parte del peso correspondiente, ó se adultera de algun modo el metal ó la materia, que se ha de amonedar, ó la liga, ó se pinta, dora ó sobrepone alguna cosa, que hace parecer la moneda diferente de la que es en realidad: el tercer modo se comete rayendo, cercenando al rededor, disminuyendo, acortando ó quitando alguna extremidad ó raspando la superficie: el quarto introduciendo y esparciendo la moneda, y el quinto no dándose parte á la justicia.

*Gravedad de este delito.*

4 No solo es gravísimo este delito por la usurpacion de uno de los mas sagrados derechos de la soberanía, sino tambien, porque con él se defrauda á muchísimas personas del precio debido de sus cosas, y se ocasiona el que otros, aunque involuntariamente hagan lo propio, de manera, que los que caen en esta maldad son unos ladrones públicos, y reos de infinitos hurtos, y qualificados en el modo de engañar con los sellos del público.

*pena por derecho romano.*

5 La pena por derecho civil parece, que en todos los casos sobredichos es capital, y de fuego con confiscacion de bienes, *ley* 2. *Cod. de Fals. mon.*, *ley* 8. *Dig. Ad leg. corn. de fals.* Tambien se sujeta en este delito á la misma pena al que, pudiendo impedirle, no le impidió, *ley* 9. §. 1. *ibid.*

*por derecho de Castilla.*

6 En la *ley* 64. *tit.* 21. *lib.* 5. *Rec.* á los que, habiendo recibido falsa moneda la dieren en cambio, pago ó en otra manera pasaren á otro, sin entregarla luego á la justicia, se impone la pena de destierro del reyno por quatro años y confiscacion de

la mitad de los bienes, aplicándose la mitad de ella al fisco y la otra mitad al acusador y al juez, que sentenciare y executare, por iguales partes. Por la *ley* 67. *tit.* 21. *lib.* 5. *Rec.* el que deshace ó cercena moneda tiene pena de muerte y confiscacion de todos los bienes. Por la *ley* 6. *tit.* 6. *part.* 7. el que hace moneda falsa, ó lo manda, ó aconseja, ó da favor para ello, incurre en pena de muerte de fuego, y por la *ley* 5. *tit.* 17. *lib.* 8. *Rec.* tiene la confiscacion de la mitad de los bienes.

*por derecho de Cataluña.*

7 En la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *titul.* 14. *num.* 32. se dice, citándose á Cortiada *decis.* 87. *num.* 19., que la pena de fabricar moneda falsa en Cataluña es de horca y qüestion de tormento *in capita sociorum* para descubrir los fautores y auxîliadores, y que á estos se aplica la misma pena. De las *Animadversiones al fin ibid. num.* 8. consta tambien, que á los cercenadores se les aplica la pena de horca. Lo mismo se puede ver en Peguera *tom.* 1. *Decis. cap.* 46. *num.* 9. *y* 10.: *ibid. num.* 10. *y* 11. se dice, que por la *ley* 8. *Dig. Ad leg. corn. de fals.* los que cercenan y doran, pintan, ó de otro modo semejante falsifican la moneda, tienen tambien pena de muerte, expresando este autor, que vió siempre publicados todos los edictos de Cataluña relativos á esto con pena de muerte á los cercenadores.

8 No obstante esto de lo que dice el mismo Peguera *tom.* 1. *Decis. cap.* 86. parece, que él se inclina á que á la pena de ser echados á las bestias los hombres libres y reos de cercenar la moneda, que prescribe la *ley* 8. *Dig. Ad leg. corn. de falsis*, se ha subrogado la de galeras, y que conforme á esto dice, que en 1600 se condenáron dos réos de este delito perpetuamente á dicho destino. En la

*decis.* 87. de Cortiada *n.* 19. se traen varios exemplares de haberse condenado á horca los que fabrican falsa moneda: y de este modo dice *intrepide observatur*: advierte tambien, que se condena á la extraordinaria de galeras, no constando plenamente de dicho delito: *num.* 27. *ibid.* se refieren muchos casos, de haberse tambien aplicado la pena de muerte á los cercenadores: esto se entiende quando es notable la cantidad, que se cercena, *num.* 28. *al* 31. *ibid.*, y lo mismo con los expendedores *num.* 35. *ibid.* Concuerda con esto Calderó en la *decis.* 10. *num.* 21. y siguientes, en donde dice, que á los que cercenan y esparcen falsa moneda por parvedad de la materia puede alguna vez dexar de aplicárseles la pena ordinaria: en la falsificacion dice, que no se admite materia leve. Del mismo lugar consta, que antiguamente tenia este delito en Cataluña la confiscacion de bienes, pero que esto se derogó con la *const.* 4. *dels Bens dels condemnats*, constando de esta, que solo hay confiscacion en el crímen de lesa magestad humana y divina. En el *cap.* 38. del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 se lee impuesta la pena de muerte y otras arbitrarias á los que falsifican ó fabrican falsa moneda, á todos sus cómplices, partícipes, auxîliadores, expendedores con ciencia de ser la moneda falsa, á los cercenadores, y á los que disminuyen el peso y valor: en el mismo capítulo á qualquiera, en cuyo poder se hallen tixeras, moldes ó cuños de hacer y fabricar qualquiera especie de moneda, aunque no se pruebe haberse fabricado, cortado, ni cercenado, se lee tambien impuesta la pena de diez años de galera, mayor ó menor, segun las circunstancias del hecho.

*Pena de los que falsifican vales.*

9 En estos últimos tiempos con real cédula de 20 de septiembre de 1780 se hizo una nueva creacion de vales amonedados, de que se ha hablado en el *lib.* 2. *tit.* 9. *cap.* 12. *sec.* 1. *art.* 13. En el *capit.* 13. de dicha cédula se lee, que los falsificadores de estos vales, sus auxîliadores y expendedores estan sujetos á las mismas penas, que los monederos falsos, y que el último dueño del vale, que no sea legítimo, será solamente el perjudicado, y no tendrá otro recurso, que contra el endosador de quien le recibió. En el *art.* 4. de la cédula de 9 de abril de 1784 se dice, que á la menor sospecha de haber enmienda ó alteracion en los guarismos, que componen el número de cada vale de los amonedados, ó si les falta alguna parte del pliego entero, en que estan formados, debe qualquiera excusarse de recibirlos so pena de que los que en esto falten, además de ser castigados como infractores y expendedores de moneda falsa conforme al *cap.* 13. de la cédula de 80, no se renovarán los vales, ni se pagarán sus intereses, recogiéndose en la oficina respectiva, y dándose cuenta á S. M., para que tome la providencia, que fuese de su agrado.

*De los que falsifican papel sellado.*

10 Tambien pueden reducirse á este lugar los falsificadores de papel sellado: estos incurren en todas las penas impuestas á los falseadores de moneda, y á los introductores de la falsa de vellon, conforme á lo dispuesto en la *ley* 44. *tit.* 25. *lib.* 4. *Rec.* y en el *auto* 26. *ibid.*

*Los que falsifican sello del Rey.*

11 El que falseare sello de Rey es alevoso y pierde la mitad de los bienes para la cámara, *ley* 3. *tit.* 17. *lib.* 8. *Rec.*

## §. XIII.

### *Del peculado.*

1 Entre los delitos de lesa magestad *in secundo capite* debe contarse el peculado, esto es el húrto de los caudales del erario ó tesóro real ó de la república. El jurisconsulto Paulo en la *ley* 9. §. 2. *Dig. Ad leg. iul. pecul.* dice, que para que tenga lugar el crímen de peculado debe haberse cometido por persona, á cuyo riesgo no estén los caudales: entiendo esto, ó que no hay peculado, quando á su riesgo, con la sola responsabilidad civil se hubiere encargado alguno del caudal público. Aunque en el mismo §. se dice, que el peculado recae en dinero público, solo he hablado en la definicion de caudales del erario ó del tesoro real para evitar equivocacion, porque no todo hurto de dinero público es peculado: en la *ley* 81. *Dig. de Furtis* se dice, que si se hubiere hurtado á una ciudad su dinero, el qual puede decirse y es en realidad propiamente público, no se entiende que el reo del hurto lo sea de peculado: la razon parece clara, porque en este caso no se ofende directamente á la magestad. A la citada *ley* 81. parece opuesta la 4. §. *últ. Dig. Ad leg. iul. pecul.*, graduándose en esta por peculado el crímen del que hurta alguna cosa del patrimonio de la ciudad. Algunos, como Perez en los comentarios al *tit. de Crimin. peculat. del Código*, dicen, que la *ley* 4. ha de entenderse de la Ciudad de Roma.

*En qué se distingue el peculado del hurto.*

2 Con el peculado se ofende á la magestad, quitándole y defraudándola de los caudales públicos y necesarios para la conservacion del estado:

*El peculado es crimen grave de lesa magestad.*

este crímen no solo es horrible, porque la persona inmediata y directamente ofendida es la suprema magestad, sino porque lo es con un delito de los gravísimos en realidad, y muy turbativos ya por sí del órden social por las funestas conseqüencias, que deben seguirse, de debilitar las fuerzas del estado, y muchas veces por la perfidia de los encargados de la custodia, abusando indignamente de la confianza pública, con que se les autoriza para la recaudacion, administracion y depósito de los caudales públicos.

3 Este delito puede cometerse de muchos modos, ó hurtando en realidad los caudales puestos ya en el erario, ó dexando de ponerlos en él habiéndolos recibido como de él, y con obligacion de ponerlos allí, ó de qualquier otro modo, que se haga el hurto, ó desvio de dichos caudales, *ley* 1. *in princ.*, *ley* 4. *in princ.*, *ley* 10. *y* 13. *Dig. Ad leg. iul. pecul.*

*su pena por derecho romano.*

4 La pena de este crímen por derecho romano era la interdiccion *aquae et ignis*, y despues la deportacion con confiscacion de todos los bienes, *ley* 3. *Dig. Ad leg. iul. pecul.*, §. 9. *Inst. de Publ. iudic.*, y capital en los magistrados, que abusasen en el tiempo de su gobierno de sus facultades para hacer el hurto, ó para malversar dichos caudales, confiados á su administracion, y en los que les hubieren dado favor y ayuda para ello, *ley* 1. *Cod. de Crim. pecul. y* §. 9. *Inst. de Publ. iudic.*

*por derecho de Castilla.*

5 Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap. ult.* dice, que la pena, que tiene el que comete este delito, aunque por el derecho del Digesto era menor, ahora es de muerte, particularmente en el juez y oficial, que usurpare bienes del Rey, y en los que le dieren favor: cita la *ley.* 1. *Cod. de Crim.*

*pecul.*, §. 9. *Inst. de Publ. iudic.* y la *ley* 18. *al fin titul.* 14. *part.* 7.

6 Por nuestra *const.* 1.2. *de Cosas prohibidas als oficials* la persona pública, que convierte en usos propios, ó malversa cosas encomendadas ó seqüestradas, debia pagar el doble con inhabilitacion para empleos. Peguera en el *tom.* 1. *de Decis. cap.* 27. *n.* 5. dice, que los encargados de dinero público, que le hurtan, tienen pena capital, citando el §. 9. *Inst. de Publ. iud.* *por derecho de Cataluña.*

7 Con decreto de 5 de mayo de 1764 se declaró, que los tesoreros, arqueros, receptores y otros empleados, que tengan á su cargo la custodia de reales haberes, si usan de estos para otros fines, que los que se les manda, aunque sea sin ánimo de hurtarlos, y con el de aprontarlos quando se pidan, por faltar á la obligacion de verdaderos depositarios quedan por el mismo hecho privados de oficio, y de obtener otro en el real servicio; que, no reintegrando lo que deben se les aplique la pena de presidio, correspondiente á la cantidad, y perjuicio causado desde dos hasta diez años, del que no han de salir sin licencia de la Real Persona, si la malicia y gravedad del abuso lo requiere; que todo lo dicho tenga lugar, aunque la quiebra provenga de puras y leves omisiones, ó de infidelidad de domésticos, ó de confianza racional y prudente, y que si la falta proviene de substraccion ó ocultacion dolosa se les aplique la pena de muerte, y á los auxîliadores lo dispuesto en la *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7. Martinez *Lib. de juec. tom.* 3. *cap.* 2. *num.* 46. hace mencion de este decreto. *Nueva ley general de 1764 en órden á algunos reos de este delito.*

8 Con otro de 17 de noviembre de 1790 se estrechó el citado de 5 de mayo de 1764, imponiéndose á los referidos la obligacion de la ley de *En 1790 se agravó la pena de 1764.*

depósito, y que no puede hacerse ningun otro uso de los haberes reales, que el de ponerlos y tenerlos en arcas de tres llaves, y hacer los pagos debidos en virtud de órdenes reales, ó de las del Superintendente General: se manda en él, que si alguno hiciere otro uso, aunque sea con el ánimo de aprontar y se apronten en realidad los caudales, tenga lugar la privacion del empleo y de poder obtener otro alguno; que si no se reintegra el alcance en el término de tres meses, contados desde el dia, en que se descubre la quiebra, y se empieza á proceder, se aplique la pena de presidio en uno de los de Africa, ó de las Américas, segun parezca, por el tiempo de dos hasta nueve años segun el perjuicio, aumentando la calidad de no salir de allí sin licencia de S. M. quando lo requiera la malicia del abuso; que si la quiebra, ó falta procediese de haber los tesoreros substraido alzado ú ocultado dolosamente los caudales, se les imponga la pena de galeras, no siendo nobles, y á los que lo fueren se les condene á los trabajos de bombas de los arsenales, debiendo extenderse este castigo á los que cooperen y auxîlien el hurto, alzamiento ú ocultacion, segun la *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7.; que no se liberten de estas penas, porque la falta haya dimanado de puras y leves omisiones, ó de confianzas prudentes y racionales de tener á la mano la satisfaccion de los alcances, ni tampoco valgan semejantes pretextos á los contadores de provincia, que deben intervenir las arcas, ni á los intendentes y subdelegados, que deben presenciar estos actos, ni á los administradores y oficiales mayores interventores, los quales han de tener igual responsabilidad en la parte pecuniaria, excepto el administrador, que

se tendrá por principal, en donde esté unida la tesorería á la administracion, aunque no tenga el nombre de tesorería. Como el trabajo de las bombas de arsenales se subrogó, segun se dixo en el *cap.* 4. *sec.* 5. §. 4., en lugar de la pena de galeras, y generalmente á los nobles se les condene á presidio, no sé si en un solo exemplar impreso, que he visto de dicha cédula, hay alguna equivocacion en quanto á lo que he referido en lo relativo á los tesoreros, que hubieren ocultado dolosamente caudales, ó se hubieren alzado con ellos. Yo lo pongo como lo hallo.

## §. XIIII.

### *Del crímen de los residuos.*

1 Otro crímen hay, que tiene mucha analogía con el peculado, y es el que se llama *de los residuos*, esto es la retencion ó inversion á usos propios y particulares del dinero entregado á alguno para el uso público, *ley* 2., *ley* 4. §. 3. *y* 4. *Dig. Ad leg. iul. pecul.*: llamanse residuos, porque se quedan los maravedís en el delinqüente, quando por él debieran invertirse para la pública utilidad y destino dado con la correspondiente autoridad. Este delito no es tan grande como el antecedente, porque no se hace con ánimo de hurtar, ni se hurta ó saca el dinero de las arcas reales, sino que el entregado ya con autoridad ó medio correspondiente se gasta con mala versacion. *En qué consiste el crímen de los residuos.*

2 La pena por derecho romano es la restitucion de lo malversado con una tercera parte mas, *ley* 4. §. 5. *Dig. Ad leg. iul. pec.*: lo mismo por derecho de Castilla, *ley* 14. *tit.* 14. *part.* 7. *su pena.*

## §. XV.

### *Del cohecho.*

*Qué es lo que se entiende en nombre de cohecho y su gravedad.*

1 En nombre de cohecho, delito, que tambien debo incluir en este lugar, entiendo qualquiera dádiva ó cosa, que se da, para mover el ánimo de alguna persona pública, á que en cosas relativas á su empleo complazca al mismo que lo da ú á otro: y aunque tal vez pueda parecer, que quando el juez ó alguna persona pública admite dinero ó dádiva para dar una sentencia, ó para cosa, que sea justa, no es con toda propiedad cohecho, y que éste únicamente se dirige á corromper el ánimo del que recibe, para que obre contra justicia, con todo, así en el sentido regular y comun modo de hablar las gentes, como en el estilo de los jurisconsultos y de las leyes, se tiene aun en este caso la dádiva ó el dinero dado á la persona pública por cohecho y soborno. El magistrado, y qualquiera persona pública por razon de las obligaciones de su empleo debe ya obrar conforme á justicia: y el dinero ó regalo siempre ha de suponerse por las leyes, que se da, no para mover al juez á que haga lo que haria por razon de su oficio, sino para lo contrario, y por consiguiente con ánimo de corromperle y pervertirle.

2 La ley *Iulia de repetundis*, establecida entre los romanos, para castigar este género de delito, prohibia ambos casos, sin distinguir, si estaba la justicia de parte del que daba el dinero ó dádiva, como se puede ver en las leyes 1. 3. 6. *in princ. y* §. 2., *ley 7. in princ. y* §. 2. *Dig. Ad leg. iul. repet.* y en otras muchas: y por la *ley* 5. *ibid. y la* 1. *Cod.*

del mismo título se extendia la pena á los casos, en que los dependientes de las personas públicas hubiesen admitido las dádivas. Al hablarse de las obligaciones de las personas públicas se ha dicho la que todas ellas tienen de no admitir semejantes dádivas: aquí solo debe notarse, que el delito, que cometen estas personas públicas, es contra la magestad, á quien se ofende inmediatamente, abusándose de su nombre, del empleo y facultades, que él da, trocándose en veneno la triaca, y causando perjuicio y mal lo que por la suprema potestad se pone por remedio.

*Particular juicio para este delito.*

3 Este delito suele castigarse en España con todos los demas pertenecientes á la mala administracion de los empleos públicos en el juicio, que se llama de residencia, del qual se ha hablado en el *libro* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 39.

*su pena por derecho romano.*

4 La pena del cohecho en la legislacion romana parece que era arbitraria, pudiendo llegar á la de muerte segun el mal fin, con que se hubiese dado y admitido el dinero ó dádiva, como por exemplo si hubiese habido cohecho para condenar á muerte algun ciudadano, *ley* 7. §. *ult. Dig. Ad leg. iul. repet.*: pero la pena mas regular parece que era la de destierro y la nota de infamia, privacion de oficio, inhabilitacion para otros sobre la restitucion de lo admitido con el quatro tanto, *ley* 12. *Cod. de Dignit.*, *ley* 6. §. 1., *ley* 7. §. *ult. Dig. Ad leg. iul. repet.*, *ley* 1. *Cod. Eod.* La pena de esta ley no solo comprehendia al que hubiese recibido sino tambien al que hubiese dado, *ley ult. Cod. Eod.* Tambien estaba prevenido, que la pena pecuniaria, establecida por dichas leyes, pudiese exîgirse no solo de los reos sino tambien de sus herederos, *ley* 2. *Cod. Eod.* Además eran nulos todos los procedimien-

tos y hechos, *ley* 8. *in princ. y* §. 1. *Dig. Eod.*; nulas las sentencias hechas por soborno, *ley* 7. *Cod. Quando provoc. non est nec.*: y el reo de cohecho por el mero hecho perdia la causa, *ley* 1. *Cod. de Poen. iud. qui male iudic.*

5 De incurrir en esta pena se exceptuan en la legislacion romana los que reciben alguna cosa de personas, en quienes no puede caber mala sospecha, y sea conocido el afecto inocente, de que puede proceder, como de los sobrinos y parientes mas cercanos, *ley* 1. §. 1. *Dig. Ad leg. iul. repet.*

6 Segun la *ley* 1. §. 1. *Dig. de Fals.* el que cohecha al juez y ministros de justicia es reo de falsedad.

*por derecho de Castilla.*

7 Por la *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 3. y la 5. *tit.* 9. *lib.* 3. *Rec.* el juez, que recibiere presentes ó dones, aunque sea por sus dependientes, ha de pagar lo que recibiere siendo corregidor con las setenas, y siendo alcalde ordinario con el doblo con privacion de empleo y de otro semejante. Por lo demas en general la pena de este delito tambien es arbitraria por derecho de Castilla, *ley* 25. *tit.* 22. *part.* 7.

*por derecho de Cataluña.*

8 Por derecho de Cataluña en las constituciones del título *de Cosas prohibidas als oficials* se prohibe á varios empleados el recibir directa ó indirectamente dádivas. En la *const.* 3. *de Salaris reben oficials reals* se prohibe lo mismo á muchos, especialmente á los jueces, so pena de privacion de oficio, inhabilitacion para otros, y restitucion de lo admitido y del once tanto.

*por derecho general de 1788.*

9 En el *cap.* 9. de la nueva instruccion de corregidores de 15 de mayo de 1788 se prohibe á los jueces el recibir dones ó regalos, de qualquier naturaleza que sean, de los que tengan pleyto ante ellos, ó probablemente pudieren tenerle con co-

minacion, de que probado el delito se les privará del oficio, inhabilitará perpetuamente para todos los de justicia, y se mandará volver el quatro tanto de lo que hubieren recibido, y que en quanto á la prueba de este delito se observará la *ley 6. tit. 9. lib. 3. Rec.* En el *cap. 10. ibid.* se dispone, que siempre que se probare á los jueces, que por malicia, omision ó condescendencia permitan, que reciban dones ó regalos sus mugeres, hijos y demas familiares y domésticos, incurrirán en las mismas penas.

## §. XVI.

### *Del crímen de ambitu.*

1 Está tambien prohibido lo que en el derecho romano se llama delito *de ambitu*, esto es la ambicion, con que qualquiera, cohechando votos, y conquistándolos con medios ilícitos, se introducia ó pretendia introducir en los empleos, *ley unic. Cod. Ad leg. iul. de ambit.* Heineccio en los comentarios al *tit.* 14. *del lib.* 48. del Digesto dice, que perdida la libertad de la república cesó este crímen, por no dar ya entónces el pueblo los honores sino el príncipe: cita la *ley unic. in princ. Dig. Ad leg. iul. de ambit.*

*En qué consistia este crímen.*

2 La pena de este delito era la deportacion y restitucion con el quatro tanto con nota de infamia, y cien monedas de oro de multa en los municipios, *ley unic. Dig. Ad leg. iul. de ambit.*, *novel. 8. cap. 7.*, *ley unic.* §. 1. *Dig.* del mismo título.

*su pena por derecho romano.*

3 Aunque transformada la república romana en monarquía cesaba la ley Julia, por ser hecha con relacion á las elecciones libres del pueblo en tiempo anterior, el hecho de ambicionar, y conquistar

*De este delito extinguida la república.*

empleos por medios ilícitos de dinero y dádivas, nunca podia, ni puede dexar de ser prohibido, no solo en las elecciones, que quedan libres de algunos oficios en los cuerpos, sino tambien en los medios, por donde se pueda influir en el nombramiento de la suprema potestad.

*pena por derecho de Castilla.*

4 Por la *ley 7. tit. 7. lib. 6. Rec.* el que compra procuracion de cortes queda inhabil para tenerla y pierde el oficio, que tuviere. Por las *leyes 7. y 8. tit. 2. lib. 7. Rec.* el que por dádivas ó promesas consigue oficio de república pierde el que consigue y lo que diere; y el que dió el voto pierde el oficio que tuviere. En la *ley 7. tit. 3. lib. 7. Rec.* se prohibe el vender y comprar oficios de los de jurisdiccion so pena de ser infame é inhabil para tener aquel empleo ú otro alguno así el que comprare, como el que vendiere. En las *Adiciones* de Don Francisco Barrera al fin de la *Suma de ley pen. de* Pradilla, *cap. 7.* se dice, que los que pretenden gobiernos y oficios de administracion de justicia, y que para conseguirlos se valen de dádivas ó promesas, siendo clérigos pierden las temporalidades y naturaleza de estos reynos, y siendo legos se hacen incapaces del oficio, conseguido de dicho modo, y de todos los que con otros justos medios hubieren alcanzado, debiendo además ser desterrados del reyno. Dice que en la misma pena incurren los que reciben dadivas, y aceptan las promesas, y los medianeros, que intervienen en estos conciertos, citando pragmática de 20 de marzo de 1614.

## §. XVII.

*De los que no cumplen las órdenes y mandatos reales.*

1 En la clase de delinqüentes de lesa magestad *in secundo capite* deben contarse los que llamados por el Rey no se presentan, cuyas personas y bienes se mandan estar á la merced de S. M., *ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 2. *Rec.*: las personas eclesiásticas, que no obedecieren en venir al llamamiento de S. M., pierden las temporalidades, y se les ha de estrañar del reyno, *ley* 13. *tit.* 3. *lib.* 4. *Rec.*

## §. XVIII.

*De la introduccion de breves y rescriptos del Sumo Pontífice sin el correspondiente permiso.*

*Pena de los que introducen breves sin el pase correspondiente.*

1 En la real cédula de 16 de junio de 1768, con la qual se mandó, como queda dicho en el *lib.* 2. *tit.* 9. *cap.* 2. 3. 4. *y* 5., que no puedan introducirse ó divulgarse en el reyno rescriptos ó breves del Sumo Pontífice sin el pase del Consejo, se imponen á los contraventores las penas de la *ley* 25. *tit.* 3. *lib.* 1. *Rec.*, esto es á las personas eclesiásticas ocupacion de temporalidades y estrañamiento del reyno, á los escribanos y procuradores, que entendieren en notificar las letras ó provisiones, pena de muerte y perdimiento de bienes, á los otros legos perdimiento de todos bienes aplicados al fisco, y las personas á merced de S. M. para hacer de ellas lo que fuere servido.

## §. XVIIII.

*De los que usurpan ó perjudican la jurisdiccion real.*

*Pena de los que usurpan la jurisdiccion real.*

1 Por la *ley* 3. *y* 4. *tit.* 1. *lib.* 4. *Rec.* los eclesiásticos, que usurpan la jurisdiccion real, pierden la naturaleza y sus temporalidades. Por la *ley* 2. *tit.* 8. *lib.* 1. *Rec.* el procurador, que en causas profanas acude ante jueces conservadores y eclesiásticos, tiene pena de ser infame, de destierro por diez años del lugar, en donde viviere, y de confiscacion de la mitad de sus bienes, la una para el fisco y la otra para el acusador. En la *ley* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. *Rec.* se manda, que ningun fiscal ó alguacil eclesiástico prenda ni haga execucion en bienes de seglar ó en su persona sin invocar el brazo seglar, so pena de que los vicarios ó provisores, que hicieren lo contrario, pierdan las temporalidades y naturaleza, y los fiscales, alguaciles, escribanos y notarios y otros executores todos los bienes para la cámara con destierro para siempre del reyno.

*Precaucion con los escribanos para que no se usurpe.*

2 Para que no se usurpe la jurisdiccion real por los eclesiásticos está tambien mandado, que los legos no puedan renunciar su fuero, ni someterse á la jurisdiccion eclesiástica, poniendo juramento en los contratos, que otorgaren sobre causas profanas, so pena por la *ley* 11. *tit.* 1. *lib.* 4. *Rec.*, de que el escribano, que tal juramento recibiere pierda su oficio, y sus escrituras desde entónces en adelante no hagan fé con confiscacion de la mitad de los bienes, aplicándose una tercera parte para el denunciador y las otras dos para el fisco.

## ARTÍCULO III.

*De los delitos, que alteran el órden público de la sociedad con pérdida ó perjuicio de la vida, salud, honor y bienes de los hombres.*

1 Todos los delitos, de que he tratado hasta aquí en esta seccion, ofenden directamente á la suprema magestad: los que quedan por explicar, siendo contra el órden público de la sociedad y contra lo que manda observar el legislador con sus órdenes, tambien han de ofenderle: pero no directa, sino indirectamente en el modo significado: porque por lo demas la persona, á quien se agravia y daña principalmente con los homicidios, heridas, injurias, hurtos y otros delitos, de que se tratará ahora, es particular, ó en concepto de particular, pudiendo la qualidad de persona pública, en quien ó contra quien se cometan algunos de estos delitos, formar solamente una circunstancia agravante, y no un delito de distinta naturaleza, y tan varia, que le haga pasar á crímen de lesa magestad.

*Los delitos de este artículo ofenden indirectamente la magestad.*

2 El método, que me propuse seguir en esta seccion, fué de ir tratando por grados de los delitos mas graves, pasando á los que lo fuesen ménos: y por esto los que ofenden á la magestad ocupáron el primer lugar: este mismo órden iré siguiendo ahora, continuando en hablar de los delitos opuestos á la justicia ó conmutativa ó distributiva ó á ambas, distinguiéndolos en quatro clases: la primera de los que alteran el órden público de la sociedad con pérdida ó perjuicio de la vida: la segunda de los que perjudican á la sa-

*Órden con que se tratará de ellos.*

lud: la tercera de los que ofenden el honor: y la quarta de los que causan pérdida ó perjuicio en los bienes.

### DE LOS DELITOS, QUE ALTERAN EL ÓRDEN PÚBLICO DE LA SOCIEDAD CON PÉRDIDA Ó PERJUICIO DE LA VIDA.

### §. I.

*Del homicidio con distincion de los que son causas físicas y morales de él, atendiéndose la voluntad, libertad, advertencia y circunstancias, que agravan ó disminuyen el delito.*

*De la gravedad del homicidio.*

1 Quan grave delito sea el homicidio, que es el de la primera clase, de que he de hablar, puede conocerse con lo que dixe en la *sec.* 2. del *cap.* 4.: ¿pues si allí se vió, que ha llegado á disputarse, si los depositarios de la potestad de Dios, teniéndola comunicada para el gobierno y administracion de la república, pueden quitar la vida á un malhechor, quién pretenderá, que un particular tenga derecho para hacer lo que se duda, que con gravísima causa pueda executarlo la suprema potestad: y aunque es ciertamente infundada, ó por mejor decir muy necia esta duda, con todo las razones, en que ella se funda, y que expuse en dicho lugar con las que me sirviéron para manifestar la necesidad de la moderacion de las penas, convencen la gravedad de malicia, que encierra en sí el homicidio por qualquiera lado, que se mire. De tal modo estamos instruidos por derecho de naturaleza, dice S. Juan Chrisóstomo, de que un particular no tiene accion, ni derecho sobre la vida

de otro, que quando Dios estableció el precepto de no matar no añadió, que lo hacia, porque el homicidio era un mal, suponiendo, dice dicho Santo, que esta verdad es bien sabida por las leyes de la naturaleza.

2 Si se atiende el fin, que tendrian los hombres en el establecimiento de las sociedades, es ciertamente claro, que el principal, que ha de suponerse, es la conservacion de las vidas; y como la cosa la mas preciosa, que, teniéndolos solícitos, les obligaria á unirse en cuerpo político para defenderse recíprocamente unos con otros de los insultos de enemigos ó malhechores: de modo, que el homicida por este respecto, en quanto está de su parte, frustra el fin principal, por que se formó el estado: fuera de esto se destruye un miembro de la sociedad: y lo que es una mutilacion, que corta, ó inutiliza un miembro respecto del cuerpo humano, esto mismo es un homicidio respecto del cuerpo político de la nacion; y por consiguiente delito gravísimo, no solo con relacion al particular inmediatamente ofendido, sino tambien á la república. Si se atienden las conseqüencias, que puede tener este crímen por su mal exemplo, es tan grave, como considerado por los otros respectos: y no tiene duda, que sino se cortasen las resultas, que ocasionaria la impunidad de un homicidio, con el castigo proporcionado, cada uno pretenderia hacerse á sí mismo la justicia: todo seria desórden, confusion, anarquía y disolucion del estado.

3 Por lo que respecta á Dios, prescindiendo de que ha ordenado y aprobado su Divina Magestad la conservacion de las sociedades, es bien claro y literal el quinto mandamiento del decálogo:

y son muy enérgicas las expresiones, con que en varias partes de las sagradas escrituras se reprueba este delito, con el qual el hombre se arroga, y pretende usurpar la potestad de Dios, que es el único autor, dueño y árbitro de la vida de los mortales. En el *cap.* 9. *vers.* 5. del *Génesis* dice Dios, que hasta en las bestias ha de vengar la muerte de los hombres: y en el *cap.* 21. *del Exôdo vers.* 28. *y* 29. mandó, que se matase al buey, que matare al hombre: en el *cap.* 24. *vers.* 17. del *Levítico* en el *cap.* 35. *vers.* 16. y siguientes *Numerorum* se lee bien terminante la pena de muerte en el homicidio: y en el *capítulo* 13. *vers.* 10. del *Apocalipsis* se dice, que quien á hierro mata á hierro ha de morir. Son finalmente muy expresivas para manifestar la gravedad de este delito las palabras del *Génes.* en el *cap.* 9. *vers.* 1. 5. *y* 6.: *Dixo Dios á Noé: yo pediré cuenta á los hombres y al hermano de la vida de su hermano. Qualquiera que vertiere la sangre humana, su sangre será vertida, porque el hombre es criado á la imágen de Dios.*

4 El horror, con que mira la iglesia la efusion de sangre aun en homicidios justos, y necesarios, mandados por la potestad correspondiente, de que hablaré luego, teniendo por incapaces del ministerio de sus altares á los que mandan, executan, cooperan, y aun asisten á una sentencia de muerte, es tambien prueba de la atrocidad de este delito.

*Es lícito el homicidio en caso de merecerle el reo como pena.*

5 De esta regla general y prohibicion tan expresa del homicidio no hay otra excepción, que la de una defensa necesaria, y la de las supremas potestades ó jueces legítimos, que por las mismas tienen comunicado el poder de vida y muerte: aun este derecho, que se reconoce en las supremas po-

testades de quitar la vida á los hombres merecedores de pena tan severa, le hace baxar S. Pablo del cielo, diciendo en el *cap.* 13. de la *Epíst.* á los *romanos*, que no en vano ciñen la espada los príncipes, y que son ministros de Dios para executar sus venganzas contra los culpados.

6 La otra excepcion es en qualquiera particular en caso de defensa propia rechazando la fuerza con la fuerza, porque en este caso tambien el derecho natural y todas las leyes dan autoridad al particular para matar al agresor. ¿De que sirven, ó servirian el acompañamiento y las armas, que llevamos, como dice Tulio *pro Milone* en el *cap.* 4., sino pudiésemos hacer uso de ellas? Una ley, que ántes de ser escrita, nació con los hombres, como se dice en el mismo lugar, está diciendo, que en este caso callan todas las demas leyes de acudir al magistrado, quando el que hubiere de implorar su proteccion y socorro ha de pagar con la vida una pena injusta ántes de poder conseguir la justa y correspondiente del agresor: *persapienter*, dice el mismo autor, *et quodammodo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi.* El que defendió su vida, dice la *ley* 3. *Cod. Ad. leg. corn. de sic.*, en ninguna cosa parece haberse excedido: *defensor propriae salutis in nullo pecasse videtur.* No solo en esta sino tambien en otras muchas, como en la 2. *y* 4. del mismo título, y en la 9. del mismo en los *Digestos*, en la *ley* 3. *tit.* 8. *part.* 7. y en la 4. *tit.* 23. *lib.* 8. *Rec.* está este derecho bien clara y literalmente autorizado. *tambien lo es en el caso de defensa propia.*

7 Lo dicho no solo lo entienden muchos de la defensa propia, sino de la del próximo, quando se vé en las circunstancias, en que, si se hallase el que defiende, pudiera acabar con el agresor: *y segun algunos en la del próximo.*

parece esto bien fundado en la *ley* 1. §. 4. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, en la 3. *tit.* 8. *part.* 7., en los cánones 5. 6. 7. *y* 8. *caus.* 23. *quaest.* 3. y en el *capit.* 6. *de Sentent. excom. in* 6. por la caridad, con que Dios nos obliga á amar al próximo como á nosotros mismos, y por el impulso natural, con que el hombre en un lance tan apretado se mueve, é interesa á favor del próximo, debiendo valer en este caso tambien lo que dice Ciceron en el lugar citado: *insidiatori vero et latroni quae potest afferri iniuxta nex?*

*En dichos casos no debe excederse en nada el que se defiende.*

8 Pero para que tenga lugar esta excepcion, es necesario, que el que mata, no exceda el modo de una inculpable defensa, de manera, que, si pudiese con ménos daño del agresor evitarse el peligro, no seria lícito el homicidio, y solo ha de poderse llegar á este extremo quando no hay otro medio de escapar y de defenderse. Esto es por su naturaleza evidente, y lo indica ya la *ley* 9. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.* No verificándose dicha circunstancia queda el homicidio punible: es delito el haberse excedido: y en lo que hubiere excedido el insultado tiene pena arbitraria, y aun la ordinaria de homicidio, si fuese claro y manifiesto, que libre ó advertidamente quiso excederse el homicida, y valerse de este caso para saciar su venganza ó para otro fin.

*Lícito el homicidio del que pretende forzar á deshonestidad.*

9 Otra excepcion tiene tambien dicha regla, y es la de poderse matar al que quiere forzar á deshonestidad, quando no se puede de otro modo huir del peligro, *ley* 1. §. 4. *Dig. Ad senat. consult. syllan.*, *ley* 3. *tit.* 8. *part.* 7.

*Sobre si es lícito el homicidio para la*

10 Algunos autores en fuerza del *cap.* 2. *de Homicid.* pusiéron tambien la excepcion de poderse matar al agresor por la defensa de los bienes pro-

pios en fuerza del *te tuaque liberando* de dicho texto, que no entienden cumulativamente: esta opinion se tiene en el dia por arriesgada: pero, aunque no sea lícito en dicho caso el homicidio, puede disculparse en mucha parte, como efecto de primer movimiento, especialmente autorizándole la *ley* 3. *tit.* 8. *part.* 7. y la *ley* 4. *tit.* 23. *lib.* 8. *Rec.*, de que hablaré despues. Fuera de estas excepciones, que son para muy pocos casos, siempre debe gobernar la regla general de la prohibicion del homicidio: por esto paso á explicar, qué cosa es homicidio, quántas especies deben distinguirse, y qué pena corresponde á cada uno de ellos.

*defensa de los bienes.*

11 En nombre de homicidio entiendo la muerte de una persona hecha por otra: esto último es necesario expresarlo en la definicion, porque, si una fiera despedaza ó mata á un hombre, no se entiende, ni se dice cometer homicidio. Tambien en quanto á la persona, que hace el homicidio, se entiende la que no tenga legítima autoridad: pues comunmente, aunque la execucion de una sentencia capital sea en realidad homicidio, no lo es, ni se llama tal en el comun concepto y modo de hablar las gentes.

*Qué es lo que propiamente se comprehende en nombre de homicidio.*

12 Algunos dividen el homicidio de diversos modos: yo le dividiré ó trataré de él con el mismo órden, que he seguido al hablar de los delitos en general, advirtiendo primero, para dar mas luz á esta materia, que debemos distinguir dos homicidios, simple y qualificado: el primero es el que se comete sin ninguna circunstancia agravante; el otro el que tiene alguna de dichas circunstancias: por esto hablaré primero de los homicidios simples con distincion de los que son causas físicas de ellos, y de los que son causas morales, previniendo lo que

*Homicidio simple y qualificado.*

se ofrezca en quanto á los defectos, que pueda haber de la voluntad, libertad y advertencia, con que se hubieren cometido, y expresando las penas, que corresponden á cada uno: despues pasaré á lo demas.

*Pena del simple homicidio por derecho romano.*

13 Por derecho romano con la *ley Cornelia de sicariis* se castigaba no solo á los homicidas, sino tambien á los que se encontrasen armados con designio de matar, *ley* 1. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, *ley* 16. §. 8. *Dig. de Poen.*, §. 5. *Inst. de publ. iud.* La pena de homicidio era antiguamente no mas que de deportacion: en tiempos posteriores se aplicó á los de humilde ó ínfima condicion la de muerte, *ley* 3. §. 5. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, §. 5. *Inst. de Publ. iud.* A algunos parece, que esta *ley* 3. §. 5. quedó derogada con la 6. *Cod. Ad leg. iul. de vi publ.*, en la qual, en lugar de la pena de relegacion ó deportacion se manda aplicar la de muerte en caso de homicidio: pero esta ley habla del caso de fuerza pública. La que mas parece probar, ó suponer por derecho del Código la pena capital en homicidio, es la única *Cod. de Raptu. virg.*, en cuyo principio, hablándose de los reos del crímen de rapto, se lee: *merito mortis damnantur supplicio, quum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui.* Quando no se hubiese derogado por el Código el derecho del Digesto debe decirse, que esta era una de las diferencias, que arriba he dicho, que no debian aprobarse del derecho romano en quanto á la distincion de personas en la aplicacion de penas. De esta provincia ya verémos como se desechó y de tiempos muy antiguos, en que estaban sumamente autorizadas las leyes romanas.

*Pena á los que caparen*

14 Los que por liviandad ó comercio capaban á alguno quedaban sujetos á la expresada pena

de la ley Cornelia, *ley* 3. §. 4. *Ad leg. corn. de sic.*, con la qual concuerda la *ley* 13. *tit.* 8. *part.* 7. *á alguno.*

15 Por la *ley* 2. *y* 3. *tit.* 23. *lib.* 8. *Rec.* consta, que abolidos varios fueros se impuso en Castilla la pena de muerte al homicidio, la qual correspondia ya tambien por las *leyes* 8. 10. *y* 15. *tit.* 8. *part.* 7. *Pena por derecho de Castilla del simple homicidio.*

16 De Peguera en el *tom.* 1. *Decis. cap.* 14. *num.* 14. y del *cap.* 78. *num.* 19. consta, que la pena del homicidio voluntario es en Cataluña la de muerte sin distincion de personas, y que así se ha practicado sin embargo de la *ley* 3. §. 5. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, de la qual, ó de la dificultad sobre ella indicada, se habla en los capítulos citados, diciéndose que no está en uso aquella distincion. La misma pena consta de Amigánt *Compilatio practicalis num.* 32. y de Cortiada *decis.* 92. *num.* 25. *y decis.* 96. *num.* 45.: Cortiada en la *dec.* 92. *num.* 26. refiere, que á un noble por homicida se le cortó la cabeza en la plaza llamada del rey: en la *decis.* 98. *num.* 19. *hasta el* 28. dice, que la pena del homicidio deliberado ó de caso pensado es la de horca, y que segun las circunstancias se agrava alguna vez con cortamiento de mano, ó llevando al reo arrastrado por un caballo. *por derecho de Cataluña.*

17 En quanto á los militares en el *art.* 64. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se manda, que el que de caso pensado matare ó hiriere gravemente ha de ser ahorcado. En el *art.* 52. *ibid.* se dice, que siempre, que entre soldados ó oficiales suceda algun desgraciado accidente de muerte ó herida con los mismos ó otros, si se justifica haber procedido de siniestra intencion tenga el agresor pena de muerte, si por descuido arbitraria. *por ordenanzas militares.*

18 Hasta aquí he hablado de la pena de los homicidios en los casos de ser los reos las causas *Pena del homicidio en ca-*

*so de asesinato y mandato.* regulares del delito. En quanto á los que solamente lo son morales Pradilla *Sum. de ley. pen.* en el *cap.* 19. *part.* 1. dice, citando á Gomez *tom.* 3. *c.* 3. *num.* 10., que el asesino, que es el que mata á otro por dinero, debe tener la misma pena, que el homicida alevoso: en la *ley* 3. *tit.* 27. *part.* 7. es expreso, que tanto el que mata por dinero, como el que le da á este fin, tienen pena de muerte.

19. De la *decis.* 95. *num.* 32. de Cortiada consta, que en Cataluña regularmente tanto el mandante, como el mandatario, se castigan con pena de horca, citándose exemplares: y en el *num.* 30. *y* 31. se dice, que la pena del asesino es la de muerte natural por la *ley* 39. *Dig. de Poen.*, quedando el modo de la execucion á arbitrio del juez, y que en algunas partes se llevan los reos arrastrados al suplicio y en otras se desquartizan. En la *decis.* 101. *num.* 10. *hasta el* 20. del mismo se lee, que si el asesinato no tiene efecto, aunque se hubiere llegado al acto próxîmo, suele castigarse con pena extraordinaria, bien que algunos defienden, que ha de ser con la ordinaria: y aun ésta se dice, que puede tener lugar quando el reo está disfamado en quanto á otros delitos semejantes. Calderó en la *decis.* 44. *num.* 12. dice, que en Cataluña, quando se trata de asesinos así el mandante, como el mandatario, se castigan con pena de horca, y que alguna vez se les corta la mano. *Ibid. num.* 9. *y* 10. advierte, que para graduar el delito de asesinato debe preceder convenio de executarle por cierta paga ó promesa.

*El homicidio del furioso no tiene pena.*

20 Entrando ahora en las dificultades relativas al modo, con que queda culpable ó disculpable la accion por la voluntad, libertad en ella, y la advertencia, siguiendo en esto, y en la expli-

cacion de las circunstancias agravantes, el hilo de arriba, se dice en la *ley* 12. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, que el homicidio cometido en furor no merece pena: lo mismo en la *ley* 9. *tit.* 1. *part.* 7.

21 En quanto al borracho dicen Don Ignacio Aso y Don Miguel Manuel en las *Instituciones del derecho de Castilla pag.* 249., que el que estándolo mata á otro tiene pena de destierro por cinco años, *ley* 5. *tit.* 8. *part.* 7.: ésta ley parece claro de su tenor, que ha de entenderse del que se acostumbra emborrachar, y que es culpable en esto.

*De la pena del homicidio cometido en borrachera.*

22 En el homicidio, en que puede faltar la advertencia cometiéndose por casualidad sin llevarse designio, ni idea de matar, debemos decir, que corresponde pena extraordinaria, como consta de la *ley* 31. *Dig. Ad leg. aquil.*, de la 1. *y* 5. *Cod. Ad leg. corn. de sicar.* y de Calderó en la *decis.* 66., y aun en el caso de matarse á Pedro queriéndose matar á Juan por lo dicho en el *cap.* 4. *sec.* 4. *art.* 3.

*De la pena del homicidio casual.*

23 En conformidad á lo que dixe en el *c.* 2. *sec.* 3. sobre los primeros movimientos de las pasiones parece, que las leyes dexan impune al que mata al adúltero cogido en fragante, *ley* 3. §. 3. *Dig. Ad senat. cons. sillan.*, *ley* 4. *tit.* 23. *lib.* 8. *Rec.* De esta misma ley, y de Gomez *tit.* 3. *cap.* 3. *num.* 20. *hasta el* 24. consta, que pueden disculparse los homicidios en defensa de la vida, honor y bienes propios ó de los parientes y señor. Tambien se escusa el que mata al raptor, ya sea la misma persona llevada por fuerza, ya sus padres, tutores ó curadores, *ley unica Cod. de Rapt. virg.*

*De homicidios cometidos con primeros movimientos.*

24 Calderó en la *decis.* 39. *n.* 10. *hasta el* 26. dice, que quando se trata de homicidio en riña no se presume ánimo deliberado como en los que se

*Del homicidio en riña.*

cometen fuera del caso de riña y sin provocacion. El mismo en la *decis.* 42. *num.* 20. dice, que en Cataluña el calor de la ira y riña se presume durar veinte y quatro horas. De Peguera en el *tom.* 1. *de Decis. cap.* 14. consta tambien, que el homicidio en riña solo debe castigarse con pena extraordinaria, por quitar la libertad, ó por disculparla el primer movimiento. Cortiada en la *decis.* 98. *num.* 29. *hasta el* 59. dice, que el homicidio se presume cometido en riña, y que la qualidad de premeditacion ó de caso pensado puede probarse por congeturas ó indicios: trae estos en el *num.* 22. y siguientes: en los *num.* 59. *y* 60. dice, que no basta una congetura; y hasta el fin trata de las que prueban, que no hubo ánimo deliberado.

25 Peguera *tom.* 1. *Decis.* en el *cap.* 78. *n.* 20. trata de no haber incurrido en la pena ordinaria un reo, que provocado mató á otro por haberle dicho, que mentia; y dice, que se le aplicó pena extraordinaria. Calderó en la *decis.* 42. *n.* 1. *hasta el* 11. dice, que el que insultado mata al que le injuria haciéndolo despues de algun intervalo se castiga con pena ordinaria por la *ley* 3. §. 9. *Dig. de Vi et vi arm.*: si le mata en continente tiene pena extraordinaria, esto es por lo que hubiere pasado los límites de la inculpable defensa.

26 Voy á hablar de las circunstancias, que agravan ó disminuyen la culpa y pena del homicidio, siguiendo el mismo órden de la *sec.* 4. *cap.* 2.

*Del parricidio y de lo que se comprebende en él.*

27 El homicidio qualificado por las circunstancias puestas en primer lugar es el horrendo delito del parricidio: éste, por lo que suena el nombre, solo puede cometerle el que mata á su propio padre: pero en el sentido de las leyes y por cata-

cresis se entiende tambien parricida el que mata á su madre: igualmente se tiene por parricida el que mata á su abuelo ó abuela, hermano ó hermana, tios y tias, sobrinos, muger, marido, yerno, suegro, padrastro y alnado, *ley* 1. *Dig. Ad leg. pompei. de par.*, *ley* 12. *tit.* 8. *part.* 7., y tambien el que mata á hijo ó á hija, *ley unic. Cod. de His qui par. vel liber. occid.*, dicha *ley* 1. *Dig. Ad leg. pompei.* y dicha *ley* 12.; igualmente se tiene por parricida el que mata á padrastro ó madrastra, novio ó novia, *ley* 3., *ley* 4. *Dig. Ad leg. pompei. de parric.*, dicha *ley* 12. *tit.* 8. *part.* 7.

*Pena del parricidio por derecho romano.*

28 La pena de parricidio por derecho romano era de muerte, *ley* 9. §. 1. *Dig. Ad leg. pompei. de parric.*: y en los que hubiesen muerto á su propio padre ó madre, abuelo ó abuela, era la famosa de echar los reos despues de azotados en un saco con un perro, un gallo, una vívora y una mona, arrojándolos al mar ó al rio, dicha *ley* 9. *in princ. y* §. 1., *y* §. 6. *Inst. de Publ. iud.* Pinta elegantemente lo que significaba esta pena el príncipe de la eloqüencia romana *pro Sexto Rocio Amerino* en el *cap.* 25. *y* 26.: dice allí, que de este modo los reos, que habian tenido la osadía de matar á los que los habian engendrado, carecian del ayre, del sol, del agua y de la tierra, que son los elementos, de que se forma todo. En otros autores puede verse la alusion, que tenia el meter dentro del saco el perro y los demas animales. Por ser este tan horrendo delito no solo castigaban las leyes romanas á los reos de él tan severamente, sino aun á los que sabiéndole no le hubiesen manifestado, §. 6. *Inst. de Publ. iud.*, *ley* 2. *y* 6. *Dig. Ad leg. pomp. de parric.*, *ley* 6. *y* 12. *tit.* 8. *part.* 7., y á los que de qualquier modo hubiesen coopera-

do á él, *ley* 7. *D g. Ad leg. pomp. de parric.*, *ley* 7. *tit.* 8. *part.* 7.

*por derecho de Castilla.* 29 Por lo que toca á Castilla Pradilla en la *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 16., hablando de dicha pena, y de autorizarla las leyes de Partidas, dice que, para que no desesperen los reos, los ahorcan ó dan garrote ántes que los encubran, ó metan en el saco, indicando, que esto se habrá introducido con exemplo de lo que se mandó con la *ley* 46. *tit.* 13. *lib.* 8. *Rec.*, que se ahoguen primero los que se han de asaetear. En el dia lo mas que se acostumbra hacer en algunas partes he oido, que es el tener al tiempo de executar la pena de muerte el saco pintado, para hacer con él alguna alusion á la pena antigua.

*por derecho de Cataluña.* 30 Cortiada en la *decis.* 96. *num.* 50. dice no haber visto decision de Cataluña relativa á parricidio propio: refiere, que Fontanella de *Pact. nupt. tom.* 2. *claus.* 4. *glos.* 7. *part.* 2. *num.* 9. dice, que oyó, que en 1589 sucedió uno en la parroquia de Salt, y que al hijo parricida se le condenó á cortarle la mano, degollarle, desquartizarle, y á poner la cabeza en una escarpia á vista de todos. Calderó en la *dec.* 47. *n.* 9. y siguientes, haciéndose cargo de que por el §. 6. *Inst. de Publ. iud.* y la *ley* 6. *Dig. Ad leg. pomp. de par.* incurren en la pena de parricidas los que teniendo noticia del parricidio no hubieren dado aviso, dice, pareciendo que esta es la opinion, que tiene por mas comun, que para incurrir de este modo en la pena de parricidio es menester haber tenido noticia cooperando á él. En quanto á lo que se requiera para decir, que se ha cooperado, pueden ofrecerse dudas, y dar alguna luz dicha decision.

*Del infanti-* 31 Quanto mas desvalidas sean las personas,

y mas expuestas, á que se abuse de ellas, ó se les insulte, tanto mas deben protegerlas las leyes. Por esto debe considerarse gravísimo el delito de infanticidio, que segun lo dicho *n.* 27. es parricidio, y debe castigarse con pena de muerte por las mismas leyes allí citadas y la 8. *Cod. Ad leg. corn. de sic.*

*cidio y su pena.*

32 Por las mismas reglas debe graduarse de atrocísimo delito, como en realidad lo es, el aborto, con que se quita la vida á los concebidos casi ántes de tenerla, y se les mata en el vientre de la misma madre, que les habia de dar la luz de la vida. No obstante esto los romanos no aplicaban pena de muerte á este delito, *ley* 4. *Dig. de Extraord. crim.*, *ley* 8. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*, *ley* 38. §. 5. *Dig. de Poen.* En el dia parece, que general y justamente está establecida la pena de muerte. Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 17. dice, que la pena del que comete este delito, y del que mata con qualquier género de alevosía, es la de muerte, y que así lo sienta Gomez *tom.* 3. *cap. de Homicidio num.* 7.: está impuesta dicha pena en las *leyes* 8. *y* 15. *tit.* 8. *part.* 7.; en el caso de no estar animado el feto impone la *ley* 8. cinco años de destierro á isla.

*Del aborto y su pena.*

33 El crímen de niño expósito parece que debe castigarse arbitrariamente segun la *ley* 4. *Dig. de Agnosc. et alen. lib.*, la 2. *Cod. de Infant. expos.* y la *novella* 153. *cap. unic. de Infant. expos.* á mas de perder el padre todos los derechos de la patria potestad. En la *ley* 15. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.* se dice, que no hay diferencia entre el que da la causa de la muerte y el que la executa De aquí es, que los padres, que en lugar de criar y alimentar á sus hijos, como deben por derecho natural, los abandonan y dexan luego que han na-

*De los expósitos, y de la pena de los que los abandonan.*

cido, expuestos á las inclemencias del tiempo y de la casualidad con peligro de que perezcan, son homicidas. Así lo dice expresa y literalmente el jurisconsulto Paulo en la *ley* 4. citada *Dig. de Agnosc. et alen. liber.*, que no solo parece, que mata el que sofoca á un reciennacido, sino tambien el que le echa, el que le niega los alimentos, y el que le abandona en lugares públicos, para que los otros tengan del expósito la misericordia, que no tiene el que dexa ó echa de este modo al niño.

34 Con todo ya dice el jurisconsulto, que parece que mata: *necare videtur*: y por las reglas dadas en el *lib.* 2. *tit.* 1. *n.* 61. *al* 70. creeré, que convenga no tratarse como homicida el reo de este delito, ni aun darle pena muy grave, en consideracion al peligro de precipitarse los padres con el temor de la pena á matar á sus propios hijos, quando se ven en el apuro, ó de perder la estimacion y fama ó de exponer los reciennacidos. Generalmente parece, que no hay solicitud en averiguar los que han dexado niños expósitos, ni severidad en castigarlos, aun quando se sepa, especialmente quando se llevan los niños á las inclusas, ó á lugares, en que no pueda perjudicarse á la vida y salud de los pobres niños: interesa en esto la misma humanidad, cuya conservacion es la que solamente puede obligar á castigar al homicida: pero si un bárbaro echa algun niño en lugar desierto, ó de donde no pudiere darse por nadie sino dificilmente ó por casualidad providencia para la conservacion del niño, entónces debe tener toda su fuerza el *necare videtur*, y ser castigado arbitrariamente el reo hasta pena capital segun la impiedad, con que se hubiere abandonado el expósito.

35 Una errada idea de lo que es la gloria hizo parecer lícito, y aun acto de magnanimidad á algunos antiguos, y á los mismos filósofos, especialmente á los estoicos, de cuyas fuentes bebiéron casi todos los jurisconsultos romanos, el matarse á sí mismo, como consta de Séneca *epist.* 77., de Lactancio *de Falsa sapientia lib.* 3. *cap.* 18, de Emundo Merilio *lib.* 1. *Obs. cap.* 23. y aun de la *ley* 6. §. 7. *Dig. de Iniust. rupt. et irrit. test.* y de la *ley* 1. *y* 2. *Cod. de Bonis eor. qui ante damn.* En dichos lugares se ve, que con impunidad de las leyes se executaba el suicidio muchas veces por vanidad, ostentacion ó frenesí y displicencia de vivír: pero esta pretendida magnanimidad y heroismo, mirado con buenos ojos de christiana y verdadera filosofia, no es sino una pusilanimidad de espíritu apoçado, que no sabe vencer, ni sujetar aquella misma pasion viciosa, que por vanidad, tédio, encono ó rabia, impele ó precipita al hombre hasta darse la muerte: extremo ciertamente abominable, y digno de castigo, como homicidio qualificado, en qualquiera república.

*Del suicidio, su gravedad y pena.*

36 Dios, que es el autor de la vida, es el único, que puede disponer de ella, y el que ha de ser servido por nosotros en este mundo hasta que nos mande pasar al otro. En las mismas leyes romanas se inculca varias veces, que nadie tiene dominio de sus miembros, *ley* 13. *Dig. Ad leg. aquil.*: de esto es conqüencia necesaria el que nadie puede inutilizarlos. Tulio en el *lib.* 1. *de Officiis cap.* 7., siguiendo á su nunca bastantemente alabado Platon, dice que nosotros no solo hemos nacido para nosotros mismos; que en nuestro nacimiento tiene su parte la patria y la suya los amigos; que del mismo modo opinan los estoicos; que todas las cosas de

la tierra se crian para el uso y provecho del hombre; y que los hombres son criados por causa de los hombres, para que entre sí se puedan valer recíprocamente. De este modo se vé, prescindiendo aun de lo que se ha dicho con respecto á Dios solamente, que nadie puede privar á la sociedad de un miembro, como es el que se pretenda matar, nacido para trabajar en ella, y para favorecer á sus hermanos.

37 Es tanto mas atroz este delito, quanto mayor ha de ser la malicia en cometerle, despojándose el hombre de aquel amor natural, que tiene á su conservacion: gravedad de culpa, que reconoce el jurisconsulto Marciano en la *ley últ.* §. 6. *Dig. de Bon. eor. qui ante damn.* diciendo: *el que no perdonó á sí mismo mucho ménos perdonará á otros*: *qui enim sibi non pepercit multo minus alii parcet.* Por esto en todas partes creeré, que tenga pena extraordinaria el conato del suicidio en conformidad á la *ley* 38. *al fin Dig. de Poen.*, y que la consumacion del que estuviere preso en la cárcel, de quien ya conste delito capital, se castigue condenando su memoria, y executando la sentencia en su cadáver quando hay tiempo para ello, á fin de infundir terror á los ciudadanos, y hacer, que pague el hombre muerto lo que debia pagar siendo vivo. Así dice Farinacio *lib.* 1. *quaest.* 10. *núm.* 78. y siguientes, que se procede en muchas partes, no pareciendo que él lo apruebe, y constando del mismo lugar, que en todas se excusa este modo de proceder, si consta ó parece, que el suicidio se hizo por manía, furor ó borrachera. Algunos dicen, que el que desprecia la vida despreciará igualmente la infamia, y que ésta ha de recaer solamente en los parientes é inocentes: pero es cierto, que á

muchos contiene mas el temor de la infamia, que el de la muerte.

38 Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 20. dice, que el que aborreciendo su propia vida, y desesperando de la infinita misericordia de Dios se matare, siendo de cabal juicio al tiempo que tal delito cometiere, debe ser arrastrado públicamente y quemado confiscándosele todos sus bienes: cita á Gomez *tom.* 3. *cap.* 3. *num.* 13. y la *ley* 8. *tit.* 23. *lib.* 8. *Rec.* Está solo prueba la confiscacion de los bienes, y aun en el caso, en que no tiene el reo herederos descendientes. Gomez dice, que se ha de agravar la pena del homicidio en el suicida.

*Del homicidio de personas autorizadas.*

39 Corresponden á esta clase de homicidios los de las personas públicas, debiendo considerarse tanto mas atroces, quanto mas digna de ser respetada fuere la persona, en quien se execute el delito: de manera, que algunas veces puede llegar á ser de lesa magestad, como se ha notado ya en el *art.* 1.: pero de lo dicho allí, y en el principio del *art.* 3. consta, que el que mata á una persona pública, quando no se trata de las que tienen depositada en sí la suprema potestad ó la representan, comete un delito mayor, que el homicida de un particular en igualdad de circunstancias.

40 En la *Compilatio practicalis* de Amigánt *titul.* 14. *num.* 32. se dice, que al que comete homicidio alevoso resistiendo á oficial real se le manda cortar la mano, llevar arrastrado al suplicio, y descuartizarle. De Cortiada en la *decis.* 95. *num.* 33. parece, que la pena de muerte de homicidio se agrava alguna vez con el cortamiento de la mano derecha, como quando dice se mata á algun noble, y en otros casos.

*Del homicidio qualificado en quanto al modo.*

41 De los homicidios qualificados con la circunstancia agravante por razon de las personas paso á tratar de los que lo son por la circunstancia del modo, no ofreciéndose cosa particular en quanto á las otras, y remitiéndome, por lo que á ellas toca, á lo dicho en general en el *cap.* 4. *sec.* 4. *artic.* 4.

*Del desafio y su gravedad.*

42 Entre los homicidios mas atroces por razon del modo deben contarse los que se hacen en duelo y los que se cometen con alevosía y veneno. El duelo es combate entre dos personas, que de acuerdo premeditado se presentan para reñir y riñen en determinado tiempo y lugar. Algunos le dividen en solemne, que así suele llamarse el que se hace con los padrinos, que asistian antiguamente para disponer la igualdad de las armas y otras circunstancias semejantes, y en privado, que se hace sin estas formalidades. Del primer modo de cometer los duelos se verifican pocos ó ninguno en estos tiempos. De qualquiera de estos modos, que se cometa el duelo, es un delito bárbaro, como ya indica el mismo nombre, que trae su orígen de los tiempos bárbaros, en que con esta palabra querian significar una guerra ó batalla de dos. Una falsa idéa del honor, hecha en tiempos, en que todo se llevaba por armas sin conocimiento, ni estimacion de la verdadera gloria, hizo creer, que un hombre insultado ó provocado con alguna injuria, y aun con alguna palabra picante ó gesto ofensivo, debia fiar su justificacion y desagravio en la espada, debiendo incurrir en la nota de cobarde el que no se empeñase luego en desafio, y mucho mas el que no le aceptase.

*Abuso de desafios.*

43 En estos tiempos se ha disminuido mucho el número de estos delitos; y no tiene cotejo con

los que antiguamente se cometian. No obstante me admira mucho lo que leo en Bielfeld en la *part.* 1. de las *Instituciones políticas cap.* 5. §. 7.: *es preciso confesar*, dice, *con vergüenza de nuestro siglo, que reyna aun en Europa un furor, que tiene mucho de barbarismo.... este es la manía de los desafios. En Francia es bien grande, y no creo exâgerarlo, si aseguro, que en toda la extension de este reyno hay cincuenta de ellos todos los dias.* Este cálculo, por exâgerado que sea, hace ver el abuso, y que en este siglo no está del todo corregida la barbarie de los tiempos de la media edad. Ni es ciertamente de admirar, que se hubiese arraigado tanto este abuso, habiéndole autorizado las mismas leyes en los tribunales, como se puede ver en quanto á nuestros usages y constituciones en las *decisiones* 87. y siguientes de Calderó: y es bien sabido en quanto á todo nuestro reyno el estatuto de las órdenes militares, con que se despedia el caballero, que no hubiese aceptado el desafio. El Sr. D. Felipe V. en la pragmática de 28 de abril de 1757 declaró, que el estatuto, con que en dichas órdenes se pregunta al caballero, que recibe el hábito, si ha sido retado, y como se salvó del reto, porque si lo hubiese sido, y no se hubiese salvado, le quitarian el hábito, debe entenderse, que quando algun christiano fuese retado por algun moro en defensa de la fe, y no admitiese el desafio, sea tenido por infame, y no en otra forma.

*Este delito fué desconocido por los antiguos, y es opuesto á la gloria.*

44 Otras ideas de honor muy diferentes de las de la media edad tuviéron no solo los christianos antiguos, sino aun los mismos paganos. Rollin *De la maniere d' enseigner et d' etudier les belles lettres par rapport á l' esprit et au cœur Discours Preliminaire second obget de l' etude pour former les mœurs* refie-

re un famoso hecho de Temístocles y Eurípides. Este, que era general de los griegos aliados contra los persas, no pudiendo sufrir que Temístocles xefe de los atenienses y jóven aun sostuviese con ardor un parecer opuesto al suyo, le levantó el baston con ademán de darle con él, ofendiéndole al mismo tiempo con palabras picantes: ¿qué harian, dice el citado autor, nuestros oficiales mozos en un lance como este? Temístocles sin turbarse ni moverse: *sacude*, dixo, *y oye* : πάταξον μὲν, ἄκουσον δέ: sorprendido Eurípides de semejante moderacion oyó en efecto: y, habiendo dado el combate segun el parecer del jóven ateniense en el estrecho de Salamina, se ganó aquella famosa victoria, que salvó á la Grecia, y adquirió á Temístocles una gloria inmortal. Dice despues el mismo autor, que ni entre los griegos, ni los romanos, vencedores de todos los pueblos, que eran los mejores jueces del punto de honor, y que sabian bien en qué consistia la verdadera gloria, hubo jamas un solo exemplo de duelo de particulares: *esta bárbara costumbre*, añade, *que nos place llamar nobleza y grandeza de alma, era desconocida á aquellos famosos conquistadores*: cita á Salustio, el qual dice *in Catilinam cap.* 9., que los ciudadanos de Roma disputaban de la virtud, y que el ódio, las enemistades y los combates los reservaban para los enemigos. En realidad ésta es la verdadera nobleza y gloria reservar las fuerzas y la vida para servir á Dios, y defender la patria, sin exponerla á riesgo, sino quando lo disponga la autoridad legítima.

*Razones con que debe abominarse este delito.*

45 Lo demas es usurparse un derecho, que es propiamente de Dios, y de la soberanía en pocos casos por la comunicacion de poder del mismo Dios; es desentenderse de la autoridad de los ma-

gistrados; hacerse acusador, testigo, juez y executor en un mismo tiempo; y despreciar los preceptos divinos, que prohiben á los particulares la venganza. En el *Eclesiástico cap.* 28. *vers.* 1. se lee: *el que quiera vengarse provocará sobre sí la venganza de Dios, y sus pecados no serán olvidados*: otros preceptos y consejos sobre el perdon de las ofensas da San Pablo en el *cap.* 12. de la *Epístola á los romanos* y San Matheo en el *cap.* 6. Son muchas mas las reflexiones, que pueden hacerse sobre este homicidio qualificado, y prohibido por Dios, por la iglesia y por los príncipes. Los padres del concilio tridentino en el *cap.* 19. *ses.* 25. *de Reformatione* renováron las penas antiguamente establecidas contra los reos de este delito, á quienes se descomulga, así como á los padrinos, espectadores, favorecedores, ó que dieren consejo, privando para siempre de sepultura eclesiástica á los que perecieren en el combate.

*Penas y medios para contenerle.*

46 Pero veamos ya quáles sean las penas civiles, con que se ha pretendido refrenar la insolencia de los duelos. Bielfeld en el citado lugar es de parecer, que el medio para evitar los desafios seria quitar la pena capital, castigando con la sola infámia este delito, echándose por exemplo ignominiosamente al frente del regimiento, y con aparato ignominioso al oficial, que hubiese reñido, y mortificando de un modo semejante á todos los demas. El Sr. Lardizabal *Disc. sob. pen. cap.* 5. §. 4. *num.* 5. *y* 6. desconfia en esta parte de la eficacia de las leyes por la preocupacion arraigada, de que queda deshonrado el que recibe una injuria y no la venga, y de que es un cobarde el que, siendo provocado, no admite un desafio. Lo que puede contribuir mucho á cortar el duelo es la vigilan-

cia de magistrados y superiores en castigar las injurias, como ya advierte en el mismo lugar Bielfeld, y encomienda nuestra pragmática, como luego se verá.

*Pena de él por derecho general del reyno.*

47 Son muchas las leyes de tiempos posteriores, con que se han prohibido los desafios. La última, que rige, y general á todo el reyno, es la pragmática del Sr. D. Felipe V. de 16 de enero de 1716, la qual se mandó poner al fin de las ordenanzas militares de 1768: despues de 1716 se renovó la observancia de dicha pragmática por otra del mismo Sr. D. Felipe V. de 28 de abril de 1757. En ella se declaró el duelo por delito infame, y que por consiguiente todos los que desafiaren, los que admitieren el desafio, los que intervinieren por terceros ó padrinos, los que llevaren carteles ó papeles con noticia de su contenido, ó recados de palabra para el mismo fin, pierdan irremisiblemente por el mismo hecho todos los oficios, rentas y honores, que tuvieren por real gracia; que sean inhábiles para tenerlos durante su vida; y que á los caballeros de alguna de las quatro órdenes militares se les ha de degradar de este honor, y quitar los hábitos, perdiendo *ipso iure* las encomiendas, si tuvieren algunas, y esto además de la pena de aleves, y perdimiento de bienes impuesta por la *ley* 10. *tit.* 8. *lib.* 8. *Rec.*, que se manda observar en quanto no se halle inovada por esta. Si el desafio llegare á tener efecto, saliendo los desafiados ó alguno de ellos al campo, ó puesto señalado, aunque no haya riña, muerte ó herida, se impone sin remision pena de muerte y confiscacion de bienes, de los quales debe aplicarse la tercera parte á los hospitales del territorio, donde se comete el delito. Se previene allí mismo, que

comenzado el proceso con dos testigos de fama deben seqüestrarse los bienes, pagándose de los frutos los gastos, recompensándose los denunciadores, y quedando á los hijos del delinqüente recurso á los jueces de la causa, para que, consultándolo ántes á S. M.; les den lo necesario para su preciso sustento. En la misma pragmática se dice, que todos los que vieren desafio, y no le embarazaren pudiendo, ó no fueren luego á dar aviso á la justicia, deben ser condenados á seis meses de prision y multados en la tercera parte de sus bienes. Los que tuvieren en su casa algun reo de este delito, sabiendo que lo es, ó despues de ser pública la noticia, incurren por la misma ley en las penas impuestas por las leyes del reyno contra los receptadores de delinqüentes. Se declara en la misma pragmática, que estas penas deben comprehender á los que se desafian señalando lugar fuera de estos reynos ó en la frontera de ellos.

*Del homicidio alevoso y su pena por derecho de Castilla.*

48 El homicidio alevoso es el que se comete con traycion ó maquinacion cautelosa, y segun Calderó en la *decis.* 43. *num.* 23. se entiende cometido de dicho modo, quando, no interviniendo riña, mata alguno con seguridad ó ventaja á otro, que no se rezela del insulto, ni se puede defender. La pena del homicida alevoso es por derecho de Castilla en la *ley* 10. *tit.* 23. y la 10. *tit.* 26. *lib.* 8. *Rec.* de ser ahorcado, conduciéndosele arrastrado por alguna bestia al suplicio, y de confiscársele la mitad de los bienes, Gomez *Variar. tom.* 3. *capit* 3. *num* 5.

*por derecho de Cataluña.*

49 Por lo que respecta á Cataluña del *tit.* 14. *de la Compilatio Practicalis* de Amigánt y de la *decis.* 96. *num.* 44. *y* 45. de Cortiada la pena del homicidio alevoso es de muerte. De Calderó enal-

*decis.* 44. *numero* 12. y de Cortiada en la *decis.* 96. *num.* 44. *hasta el* 50. consta, que en algunas partes se aplica la pena de muerte con el cortamiento de la mano en el homicidio alevoso; que en Cataluña solo se estila la pena de horca, trayéndose muchos exemplares, pero que se aumenta en caso de haber circunstancias agravantes.

*Del homicidio hecho con veneno.*

50 El homicidio hecho con veneno es tambien de los mas atroces y de la clase, de que tratamos. Dice cuerdamente el Emperador Antonino en la *ley* 1. *Cod. de Malef. et mathem.*, que mas es acabar á un hombre con veneno, que matarle con la espada: *plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio.* Tiene este crímen, sobre la maldad del homicidio, la circunstancia agravante de alevoso, y de una alevosía, contra la qual es dificil precaverse: por esto agravan las leyes la pena.

*De las causas que pueden disculpar el homicidio.*

51 En quanto á causas, que pueden disculpar algunos homicidios para no aplicarles la pena ordinaria, puede verse Calderó *decis.* 42.

*Del homicidio cometido por muchos.*

52 Hasta aquí he hablado del homicidio con relacion á un solo reo sin cómplices en el delito: y de quando los hay, que es muchas veces caso embarazoso, es preciso tratar ahora. Calderó en la *decis.* 39. *num.* 1. *y* 19. dice, que, quando el homicidio es de caso pensado, todos los que intervinieren en el homicidio tienen pena ordinaria de homicidas, ó ya muriere el difunto de una herida, ó de muchas, ó ya le hubieren herido todos, ó uno solo, ó ya se dude quién le hirió: en el *num.* 2. dice, que si el homicidio es en riña, y no se sabe quién mató, todos tienen pena extraordinaria: *ibid. n.* 5. *hasta el* 10. dice, que si se sabe quién mató, éste tiene pena ordinaria de homicida, con tal que hubiere tenido ánimo y deliberacion

premeditada de matar. Parecen muy fundadas estas distinciones, y lo que se establece en cada una de ellas.

53 Despues de haber hablado de los homicidios simples ó qualificados, cometidos por uno ó por muchos, en suposicion de haberse consumado el delito, trataré ahora, de quando solo hay el conato. Este parece, que ha de castigarse con pena extraordinaria. Así lo dice Cortiada en la *decis. 92. num. 30.* trayendo tres exemplares de esta provincia, y sentando, que esta es la general costumbre en todas partes.

*Del conato del homicidio.*

## §. II.

### *De las heridas.*

1 Despues del homicidio entra la herida: con este nombre comprehendemos qualquiera rompimiento ó disolucion del continuo en qualquiera parte del cuerpo, causado por alguna persona, del mismo modo que lo dixe del homicidio: y todas las razones, que traxe para probar la maldad de aquel delito, deben valer y servir para probar la de éste, que será tanto mas ó ménos grave, quanto mas ó ménos se aproxîme la herida al homicidio. Para entender lo que corresponde á esta materia deben distinguirse dos especies de heridas, graves y leves, sin que en esto se necesite de definiciones, ni de explicacion, que bastante claras las ponen los mismos nombres: de las graves algunas llegan á ser mortales y otras no: de las mortales las unas lo son *de necesidad* y las otras son *ut plurimum mortales*, esto es, que de muchos heridos con aquella especie de herida por lo co-

*De las heridas, su definicion y division en leves, graves, mortales curables é incurables.*

mun suelen morirse los heridos, aunque no dexan de escapar algunos, al paso que de las mortales de necesidad indefectiblemente mueren todos. Este es el lenguage, con que en Cataluña los cirujanos en las relaciones, que hacen de oficio, y todos los autores, que tratan de materia criminal, expresan la mayor ó menor gravedad de las heridas, distinguiendo siempre de dicho modo la mortal curable de la mortal incurable. En Castilla, segun veo en la *Práctica criminal* de Herrera *lib.* 1. *cap.* 5. tambien se distinguen las heridas mortales de necesidad de las que no lo son.

*La distincion de curables é incurables da mucha luz para la aplicacion de la pena.*

2 Esta distincion de heridas es conforme á lo que pasa en realidad, y acomodada para aclarar lo que cada dia se ofrece en la práctica, esto es muchas dificultades, que suelen suscitarse, quando muere el herido, sobre si falleció por impericia ó desacierto en la curacion; sobre si tal vez tambien hubiera muerto ó no de la herida el paciente en caso, que alguna enfermedad ó accidente, que sobreviniere, haya acabado con el herido, ó que éste haya muerto mucho tiempo despues que se le hirió.

*Dicha division está autorizada por derecho romano.*

3 Los jurisconsultos romanos ya hiciéron esta distincion: y por ella parece, que se guiáron en hacer responsable de la muerte al que hubiese herido por lo que toca á los efectos de la ley Aquilia: siguiendo las mismas pisadas los autores de esta provincia, y generalmente los de todas partes, han deducido prudentemente de las leyes de dicho título quando corresponden las penas, entendiendo quién ha causado ó dexado de causar el homicidio, para incurrir en la pena, así como lo entendiéron los romanos para cargar la obligacion de la ley Aquilia.

4 Voy á exponer en pocas palabras lo que hallo en muchas en nuestros autores: O consta, dicen, que la herida era mortal, ó consta que no lo era, ó se duda de ello: en el primer caso ó consta por los perítos, que era mortal de necesidad ó que era mortal *ut plurimum*: si consta, que era mortal de necesidad, se entiende el que hirió haber causado el homicidio para la responsabilidad de la ley Aquilia, *ley* 51. *Dig. Ad leg. aquil.*: y conforme á esto dice Calderó *dec.* 11. *n.* 2. *y* 4., que declarando los perítos la herida por mortal de necesidad, aunque el herido muera por mala curacion ó negligencia, corresponde al que hirió la pena de homicida. Lo propio consta de Peguera *tom.* 1. *Decis. cap.* 78. *num.* 16. Entónces la impericia ó descuido no tanto causa como acelera la muerte. Si consta, que la herida era mortal *ut plurimum*, y se sigue la muerte, no probándose mala curacion ó negligencia, se presume, que el herido murió de la herida, y se castiga al que hirió, como si hubiese cometido homicidio: así lo sienta Calderó *ibid. num.* 3., diciendo ser esta la práctica de la Audiencia de Cataluña. En este caso, especialmente si muere dentro de poco tiempo el herido, la presuncion es vehemente contra el reo. Allí mismo dice Calderó, que no siguiéndose la muerte ó sobreviniendo otra causa, á que pueda atribuirse, como la impericia en la curacion y otras semejantes, no se entiende reo de homicidio el que dió herida de las que son mortales *ut plurimum*, *ley* 11. §. 3., *ley* 15. §. 1. *Dig. Ad leg aquil.*, sin obstar la 51. del mismo título, la qual por el *certum esset moriturum* es claro, que habla de la herida mortal de necesidad. Así la explican los mejores autores y tambien Calderó. Estas leyes y

*Uso, que se hace de dicha division, para imputar ó no el homicidio, quando consta que la herida era mortal.*

la aplicacion de ellas para las penas parece muy justa, porque una vez, que consta, que pudo escapar el herido, y que ha sobrevenido nuevo accidente, imposibilitando él la averiguacion, no consta, ni por lo que declaran los peritos, ni por las resultas, que haya muerto el ofendido de la herida. Esto mismo debe valer mucho mas, quando en semejantes heridas positivamente consta, que el herido murió por impericia del médico ó cirujano ó por negligencia u otra causa. Calderó en la *decision* citada *num.* 17. *hasta el* 20. trae varias presunciones de negligencia en la curacion.

*quando consta que no lo era.* 5 Quando consta positivamente, que la herida no era mortal, que es el segundo caso, aunque se siga la muerte, es claro, que el que hirió no ha de ser castigado como homicida: y se presume muerto el herido por negligencia ó culpa en la curacion, ó por haber sobrevenido nueva causa, Peguera *tom.* 1. *Decis. cap.* 78. *num.* 16., Calderó *ibid. decis.* 11. *num.* 5. *y* 6.

6 Solo falta despues de haber tratado quando consta, que es mortal la herida, y quando consta, que no lo es, hablar del caso, en que no consta ni de una cosa ni de otra.

*quando se duda si lo era.* 7 Quando se duda si la herida fué ó no mortal, ó porque no hay relacion de peritos, ó porque en esta hay discrepancia, y muere el herido, unos dicen, que ha de tratarse el reo, como homicida si no se justifica defecto en la curacion ú otro motivo semejante: otros estan del todo por la parte contraria á favor del reo. Calderó en la misma *decision num.* 8. *hasta el* 16., trayendo exemplares de la práctica de nuestra Audiencia, dice, que debe entónces atenderse, si muere el herido despues de poco ó de mucho tiempo: si lo prime-

ro, dice, que el que hirió se castiga como homicida: si lo segundo no; para juzgar, si es poco ó mucho el tiempo cita cánones, en algunos de los quales parece, que tres dias, en otros que ocho, y en alguno, que aun ocho meses son poco tiempo para este efecto, y que debe presumirse muerto de la herida el que muriere en él: concluye con que se ha de dexar esto al arbitrio del juez. En estos casos, quando no corresponda al reo la pena ordinaria, ha de ser extraordinaria segun lo grave ó leve y las relaciones, que pueden tenerse de los peritos, de cuya fé y de la fuerza, que deben hacer al juez, se hablará en su lugar. En esta parte debo advertir, que no trato aquí de la herida en quanto sea injuria: en quanto lo es corresponde á otro lugar.

*Pena de la simple herida por derecho de Castilla y de Cataluña.*

8 En el *cap.* 24. del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 se dice, que el que por privilegio ó licencia llevare espada, y con ella hiriere á otro dexandole manco ó mal herido, tiene diez años de relegacion á isla ó presidio, si fuere plebeyo diez años de servir al remo en galeras, y lo mismo los cómplices, que dieren auxîlio. Si muere el herido de herida hecha con puñal, espada ó arma semejante parece de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *n.* 32. y de la *decis.* 99. y siguientes de Cortiada, que se condena el reo en Cataluña al remo de galera por los años, que exîjan las circunstancias: y de los mismos autores en los citados lugares consta, que en otras heridas menores ha de ser arbitraria la pena baxando á proporcion. A los menores de veinte y cinco años por heridas, de que se hubiere seguido muerte, se les destierra algunas veces de este principado, otras á determinada isla y otras se les condena á galera

segun las circunstancias. Así lo dice Cortiada *decis.* 99. *num.* 27. Por derecho de Castilla no hallo cosa particular: mas por esto mismo, y por las *leyes* 5. *y* 6. *tit.* 23. *lib.* 8. *Rec.* parece, que la pena de la simple herida es arbitraria.

*Pena de la herida alevosa por los mismos derechos.*

9 Por lo que toca á la herida alevosa Pradilla *Sùm. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 18. *num.* 3. citando á Gomez *Variar. tom.* 3. *cap.* 3. *num.* 5. dice, que el solo herir á traycion tiene la misma pena, que el homicidio: Gomez cita la *ley* 3. *tit.* 3. *lib.* 3. *del Ordenamiento.* En Cataluña la herida alevosa hecha con arma tiene diez años de galera: así se dice en Calderó *decis.* 11. *num.* 21. *y* 22. De la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. y de Cortiada *decis.* 103. *num.* 24. *y* 26. consta, que si se unia otro grave daño la pena de galeras era perpétua, y lo mismo se observaba con los cómplices concurriendo premeditado designio.

*Pena de la herida por ordenanzas militares.*

10 En quanto á militares en el *art.* 64. *tit.* 16. *trat.* 8. *Ord. mil.* se dice, que el que de caso pensado matare ó hiriere gravemente á otro debe ser ahorcado: pero en el *art.* 65. *ibid.* se dice, que el que hiriere con ventaja ó alevosía, no resultando muerte, será destinado á presidio por diez años. Con esto parece claro, que el *art.* 64. habla de la herida, de que hubiere resultado muerte, y el 65 de herida muy grave.

*De los que con falso testimonio causan la muerte ó pena aflictiva.*

11 Corresponderiá tambien tratar aquí de los que con falsas declaraciones pueden causar ó causan la muerte ó pena aflictiva de algun reo: pero de estos se hablará con mas oportunidad en el crímen de falsedad.

DE LOS DELITOS, QUE AMANCILLAN EL HONOR.

## §. III.

*De los delitos de lascivia en general, y de las cosas, que pueden considerarse generales en esta especie de delitos.*

1 Así como el objeto, á cuya conservacion se dirigen las penas hasta aquí referidas, es la vida y la salud de los particulares, el de las que deben ocupar ahora nuestra atencion, es el honor, que amancillan todos los delitos de lascivia: y, aunque en estos tal vez puede encontrarse alguno, bien que muy raro, que no se oponga á justicia distributiva ó conmutativa, para no dexar el órden, que he empezado á seguir, se tratará tambien de él aquí. *De los delitos de lascivia.*

2 Es preciso confesar, que, ó ya sea por la grande dificultad, que tiene el hombre en apagar el ardor de la carne emponzoñada con el pecado original, ó porque con el establecimiento de los estados las miras principalmente se dirigiéron á la conservacion de la vida, salud y bienes, algunos de los delitos de esta clase, que no causan perjuicio á tercero, no se castigan con la severidad, á que puede parecer, que son acreedores, si no se distingue bien lo que diximos, que una cosa es delito y otra pecado. *Dichos delitos pueden considerarse separadamente como delitos y pecados.*

3 En nombre de lascivia ó luxuria se entiende comunmente un apetito desordenado de sensualidad, distinguiéndose diferentes especies, como simple fornicacion, adulterio, incesto, sacrilegio, y vicio contra la naturaleza: este último se subdivide en polucion, sodomía y en bestialidad. La *De dichos delitos en general y en particular.*

prohibicion de estos delitos incluye la de todas las cosas, que próxîma ó remotamente influyen en ellos, castigándolos á proporcion de la poca ó mucha influencia, que pudieren tener en el delito. Yo seguiré mi método tratando primero en general de este delito de la luxuria, y despues de cada uno en particular, hablando al fin del lenocinio, que puede recaer en qualquiera de los referidos.

*Autoridades de la sagrada escritura contra dichos delitos.*

4 Por el *cap.* 23. del *Deuteronomio* estaba prohibida á las hijas de Israel la prostitucion. Tobías, como consta del *cap.* 4. *ver.* 13. *Tob.*, decia á su hijo: *guárdate hijo mio de toda fornicacion*: el Apóstol afea muchas veces este vicio con gravísimas palabras: *esta es*, dice en la *carta* 1. *á los Tesalonicenses cap.* 4. *vers.* 3., *la voluntad de Dios, que seais santos, y que os aparteis de la fornicacion*: en la *carta* 1. á los de *Corinto cap.* 6. *vers.* 9. *y* 10. dice: *ni los fornicarios, ni los adúlteros, ni los impúdicos, ni los sodomitas poseerán el reyno de Dios.* Son infinitas las expresiones, que en abominacion de este vicio se leen en las divinas letras; y muy exemplares los castigos, con que Dios escarmentó á los delinqüentes en él, como es manifiesto, con la lluvia de fuego sobre Sodoma y ciudades comarcanas, de que se habla en el *cap.* 19. *del Génesis*, en el castigo de los israelitas, que fornicáron con las moabitas y madianitas en el desierto *Numer.* 25., habiéndose aun por el delito de uno solo asolado una ciudad entera, como lo leemos de los siquimitas, *Génesis cap.* 34.

*Razones porque deben considerarse como delitos.*

5 Y para que no diga alguno, que puede todo lo dicho probar, que la fornicacion es un grande pecado, pero no un grande delito conforme á lo que dixe, miremos á este vicio por la relacion, que tiene precisamente con el estado en lo tempo-

rel. Es cierto, que una de las cosas mas nocivas á la propagacion del género humano y á la poblacion es la incontinencia pública. Nunca se oye decir, que paran las rameras: por medio de ellas pierde el estado y malogra un sin número de personas, que unidas con el sagrado nudo del matrimonio darian infinitos ciudadanos útiles y provechosos á la república. Si se hiciese un cálculo prudente de los hombres, que mueren del mal venéreo, de los que con él quedan inutilizados para las faenas y tareas de sus empleos y oficios, y para la generacion, de los niños, que por los achaques del mal venéreo en sus padres nacen con un segundo pecado original débiles, enfermizos y lisiados, se veria ser asombroso el cúmulo de males, que padece por la lascivia el estado. Á este delito debe atribuirse un gran número de muertos, otros estropeados, otros débiles, muchos soldados floxos y cobardes, y hombres en todas profesiones, ó por los pecados propios, ó por los de sus progenitores, languidos, sin brio, ni vigor para las operaciones de su profesion.

6 Es constante por otra parte, que la poblacion no puede aumentarse de otro modo, que por medio de legítimos matrimonios, ya por lo dicho, ya tambien porque la poca prole, que puede esperarse de los ayuntamientos ilícitos, y justamente prohibidos por las leyes, no puede lograr de padres ilegítimos la educacion y habilitacion proporcionada para desempeño del estado: y esto supuesto no hay duda, en que la luxuria es delito, que perjudica mucho á la república. Donde reyne la incontinencia sin castigarse con penas los delitos de esta clase, y sin procurar, que la severidad y castidad de costumbres contenga la disolu-

cion, tendrán los hombres sobradas oportunidades para desahogar sus pasiones, sin sujetarse á las cargas y vínculo del matrimonio, en que los mismos, que le rehusan, entrarian gustosos, si el impulso, que da la naturaleza, no hallase otro camino, que el legítimo, y que la misma naturaleza ha puesto de una union en el estado de matrimonio.

7 No son de ménos consideracion los efectos y malas resultas, que tiene este delito, del qual, como de fuente, manan otros muchos. Del adulterio de David con Bersabé nació la muerte de Urías: y en todos los estados son muchos los homicidios, riñas, desórdenes de familias, hurtos, alianzas y conjuraciones, que nacen de este capital delito. Por esto todos los buenos legisladores han puesto especial cuidado en prohibir los ayuntamientos vagos y libres, como se ha dicho en el *lib. 2. tit. 2. y 3.*

*En qué consiste la lascivia en general.*

8 El apetito desordenado de la lascivia consiste en ayuntamiento ilícito, ó en otros actos torpes, y los mas de ellos dispositivos y encaminados á él. Antes de hablar por su órden de unos y otros advertiré algunas cosas, que pueden considerarse generales á toda esta especie de delitos.

*Es general en estos delitos el prohibir entre algunos el trato.*

9 En primer lugar lo es, que quando se perjudica con qualquiera de ellos al derecho de tercero, como por exemplo, quando se trata de casados, hijos y otras personas de esta clase, que viven con dependencia y subordinacion de otras, segun los motivos, que resulten de sospechas de seduccion, ó peligro de turbar la quietud de las familias, ó de la consumacion de algunos de los delitos, de que hablaré, se manda al que da rezelos y sospechas, que no vaya á la casa ó lugar,

ó no trate con la persona, sobre que recae la queja. En la *Compilatio practicalis* de Amigánt *tit.* 40. *Animadversiones num.* 31. *hasta el* 37. se traen muchos exemplares de haberse mandado lo dicho en esta provincia so pena de azotes, y otras para el caso de contravencion.

10. La violencia ó fuerza debe considerarse cosa general, y que puede recaer en todos los delitos de lascivia. Los autores parece, que de la *ley* 29. §. *ult. Dig. Ad leg. iul. de adult.* del §. 4. *Inst. de Publ. iud.* y de la *ley* 1. §. 4. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.* infieren la pena de muerte en el caso de ser forzada alguna muger: y bien parece, que puede sacarse por conseqüencias, y que por otra parte lo pide el delito, aunque la *ley* 38. §. 3. *Dig. de Poen.*, tratando del estupro de muchacha, que no se halla en disposicion proporcionada para el matrimonio, no trae sino minas, relegacion y destierro segun las personas: ésta se tenia por fuerza privada, el rapto por pública. En ningun asunto ha de ser mas terriblemente castigada la fuerza, que en este, por lo que es delicado el honor en toda especie de personas, y principalmente en asunto de castidad: por esto llegó á defenderse que era lícito á las mugeres el matarse á sí mismas, y mucho mas el acabar con los insolentes agresores, que pretenden robar la mas estimada joya de una muger honesta. Ni es de poca monta para el estado este delito, prescindiendo aun de la injuria, que se hace á la muger forzada, por las enemistades y ódios, con que suelen empeñarse los parientes, instando la venganza y el desagravio. Bien sabidas son las conseqüencias de la Lucrecia, de la Virginia, las que pintáron los poetas del robo de Helena y otras, que pueden dexar bien

*La fuerza puede recaer en todos delitos de lascivia: tiene pena de muerte por derecho romano.*

instruidas á las naciones de los estragos y ruinas, que puede causar á un estado este modo de cometer el delito, de que tratamos.

*lo mismo por derecho de Castilla.*

11 Por la *ley 3. tit. 20. part. 7.* el que forzare muger casada, viuda, ó doncella ó religiosa, teniendo ayuntamiento con ella, se castiga con pena de muerte y aplicacion de bienes á la muger ultrajada.

*lo mismo por ordenanzas militares.*

12 En quanto á militares el que forzare muger honrada, casada ó doncella, debe ser pasado por las armas: si sólo consta de esfuerzo para conseguirlo tiene el reo la pena de diez años de presidio á Africa, ó seis de arsenales, debiendo justificarse, que no hubo amenaza con armas: pues en este caso, y en el de haber causado daño notable á la muger en su persona, tiene el reo pena de muerte, *art. 82. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.*

*El rapto puede recaer en todos, y su gravedad.*

13 Comun á todos los delitos, de que se trata, puede y suele ser el rapto, esto es el robo de alguna persona honrada, que se lleva de un lugar á otro con fuerza, haciéndose ésta ó á la misma persona, ó á las que la tienen dependiente de su potestad, con el fin de casamiento ó de luxuria: El casamiento, aunque de sí sea honrado y santo, no puede cohonestar la accion del rapto, porque la iglesia, léjos de haber aprobado este modo de proporcionar el matrimonio, ha querido, que fuese impedimento dirimente. Este crímen, ó se haga con el fin de matrimonio, ó de ayuntamiento y torpeza fuera de él, es horrendo, ya por ser tan delicada la materia, ya porque rara vez dexa de seguirse el fin, á que se dirige la violencia: fuera de que en las pocas veces, que no se siga en realidad, no se cree en la opinion de los hombres, que haya dexado de seguirse: y se da por sentado,

que el raptor abusó como quiso de la persona robada, injuriándola gravísimamente á ella, á sus padres, tutores ó superiores. Si el raptor ha desahogado su brutal pasion, teniendo acceso con la persona robada, es tanto mayor el delito, quanto sobre la violencia y robo concurre con toda su plenitud la malicia del estupro, adulterio, incesto, sacrilegio ó qualquier otro género de delito. Para que se entienda rapto no es menester, que se haya efectuado el matrimonio, ó qualquier otra especie de ilícito ayuntamiento atentádo.

14 Por la definicion parece, que puede recaer en qualquiera persona este delito, y que puede ser robado un hombre, un niño ó jóven. El lugar, á que se lleva la persona robada, debe ser moralmente diferente y distinto de él de donde se lleva: porque si de un aposento se lleva á la recámara, ó á otro lugar de la misma habitacion la persona robada, podrá cometerse fuerza, pero no el crímen, que los juristas y las léyes entienden por rapto. La persona robada debe ser honrada: de otro modo no se entiende rapto, *ley únic. Cod. de Raptu virg.*

*Para verificarse rapto debe la persona robada llevarse á lugar separado.*

15 El Sagrado Concilio de Trento en la *ses.* 24. *cap.* 6. *de Reformatione matrimonii* impuso impedimento dirimente de matrimonio entre el raptor y la persona robada mientras ésta esté en la potestad de él: fulminó excomunicacion y declaró infames al raptor y á todos los que le diesen consejo, auxilio ó favor con privacion de todas y qualesquiera dignidades, y mandó que el raptor, tanto si se casa con la persona robada, como si no se casa, debe dotarla.

*Penas de derecho canónico contra el rapto.*

16 Por derecho civil los reos de rapto de mugeres honradas tienen pena de muerte, *ley* 5. §. *últ.*

*por derecho romano.*

*Dig. Ad leg. iul. de vi publ.*, *ley única. princ. y* §. 2. *y* 3. *Cod. de Raptu virg.* : se aplican sus bienes á la muger robada, ó al monasterio en caso de ser monja la que padeció la fuerza, *ley unic.* §. 1. *Cod. de Rapt. virg.*, *ley* 54. *Cod. de Episc. et cler.*, *novel.* 133. *capit.* 43. : el conato solo en escalar de noche el monasterio para tener acceso con vírgen consagrada á Dios tiene pena de muerte, *ley* 5. *Cod. de Episc. et cler.* : los auxîliadores tienen tambien la misma pena, dicha *ley unic.* §. 2. *Cod. de Rapt. virg.*

*Para que tengan lugar dichas penas no debe ser la persona robada por su voluntad.*

17 En el caso, en que consintiere con plena libertad la muger sin persuasiones, ni instigaciones del delinqüente en rapto, creeré que no pueda aplicarse toda la pena ordinaria del rapto, sino la extraordinaria : aunque es digno de castigo en este caso el atentado contra el marido, padre, tutor, curador ó qualquiera espécie de superior de la persona robada, no llega ni con mucho la malicia á la del otro caso : y las leyes parece, que han de entenderse de la hipótesis, en que la muger contra su voluntad es llevada con fuerza ; y en caso de duda parece, que se supone, que contra su voluntad fué sacada y robada la persona. Pradilla en la *Suma de leyes pen. part.* 2. *cap.* 7. dice tambien, que ha de aplicarse en dicho caso la pena extraordinaria, citando á otros, que llevan la opinion contraria.

*Recayendo el rapto en muchacho debe ser extraordinaria la pena.*

18 Por la misma razon de hablar las citadas leyes de mugeres juzgo, que la pena ordinaria comprehendida en ellas no debe tener lugar en caso de rapto de algun joven ó muchacho, sobre lo que tambien han ocurrido algunos casos : aunque en realidad es este crímen de rapto es extraordinario, y no el regular, que entienden las leyes : por esto corresponde entónces pena extraordinaria, como

dice Perez en los comentarios al título del Código *de Raptu virginum*, trayendo un exemplar de haberse quemado en Florencia á una ramera por rapto de un jóven. Pradilla *Sum. de ley. pen. part. 1. cap.* 7. dice, que en este caso corresponde la pena ordinaria, citando á Gomez en los comentarios á la *ley* 80. de las de Toro *num.* 37. que en realidad lo dice. El graduar la pena extraordinaria en este caso depende de muchas circunstancias; de la qualidad del que roba; de la persona robada, de los superiores y del modo.

*Sobre si las penas del parto deben aplicarse no habiéndose verificado acceso.*

19. Lo que se duda entre los autores es si el raptor debe sufrir la pena ordinaria del *num.* 16. aunque no hubiere consumado la maldad atentada. Á algunos parece muy fundado, que debe sufrirla; porque las penas referidas se imponen por las leyes con relacion al rapto, hecho con el fin malvado de la sensualidad, que ya se verifica, aunque no haya acceso. Esta opinion veo, que parece muy fundada á Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 6. *num.* 10. *y* 11. aunque la contraria tiene muchos defensores y á el mismo Fontanella en la citada glosa. En la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *titulo* 14., citándose á Cortiada *decis.* 89. *num.* 41. *y* 59., se dice, que en el expresado caso puede moderarse la pena: la misma opinion lleva Peguera, fundándose con otros autores y no mal en las palabras de la *ley* 1. *Cod. de Rapt. virg.*: *maxime quum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest*: por esto *ibid. num.* 2. dice, que no se aplica la pena de muerte, si por arrepentimiento del reo no se tuvo el acceso con la muger robada, pero que se aplica si solo dexó de verificarse acceso por imposibilidad en la execucion, como si en fragante hubiesen cogido al reo los ministros de justicia.

En este caso trae un exemplar, de haberse aplicado por nuestra Audiencia la pena de muerte en 1568. Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 7. defiende la misma opinion: y ésta puede decirse media entre las otras dos.

*Pena contra el rapto por derecho de Castilla.*

20 En quanto á derecho de Castilla por la *ley* 3. *tit.* 20. *part.* 7. consta, que el que comete rapto tiene pena de muerte, debiendo sus bienes ser aplicados á la muger robada ó al monasterio. Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 7. dice, que esta es comun opinion, citando tambien las leyes romanas, y á Gomez á la *ley* 80. de las de Toro *num.* 36.: este autor habla del caso, en que se ha tenido ayuntamiento con la muger robada: sobre esto puede tenerse presente lo dicho número antecedente.

*por derecho de Cataluña.*

21 En quanto á Cataluña en el *tit.* 14. de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt se dice, que en el rapto, en que hubiere habido muerte, corresponde indefectiblemente pena capital, citándose á Cortiada *decis.* 89. *num.* 41., y que por las *constituciones* 3. y 4. *de Sponsallas y matrim.* generalmente se puede decir, que el rapto tiene pena de muerte, aunque segun las circunstancias pueda haber algun arbitrio para aplicarse la menor.

22 Cancér de *Sponsalibus num.* 25. dice, que tanto si el que robó la muger se casa, como si dexa de casarse con la persona robada, ha de dotarla: *ibid. num.* 27. dice, que si la muger robada quiere valerse del derecho del usage *Si quis virginem*, casándose con el que la robó, no debe el reo del rapto ser castigado con pena ninguna, para que mas fácilmente pueda colocarse la muger.

*Pena de los carceleros y*

23 Tambien puede pertenecer á este párrafo como comun á todos los delitos de luxuria el del

carcelero ó alcayde, que tuviere acceso con muger presa de las que estan á su cargo. Este delito segun general costumbre dice Pradilla *Sum. de leyes pen. part. 2. caso 20. num. 3.*, citando autores al §. 4. *Inst. de publ. iud.*, que tiene pena de muerte, pero que en España es menor: cita á Cifuentes en la *ley 62. de Toro* y á Gomez á la *80. num. 25.*: este es de parecer, que ha de ser arbitraria segun la qualidad de las personas y de la carcel. *alcaydes, que abusan de su oficio para delitos de lascivia.*

24 En la *ley 6. tit. 20. lib. 8. Rec.* á los criados, que en casa de sus amos tuvieren acceso con parienta, doncella del señor ó ama, que cria á sus hijos, se impuso pena de muerte; á los que le tuvieren con criada otras penas, que en la *ley 4. tit. ult.* parece se varian como lo dispuesto en la anterior: esta manda, que si el criado tuviere acceso con la sirvienta ó criada se den cien azotes á ambos, si el señor, á quien sirven, no es hidalgo: si lo es, que les saquen á la verguenza con destierro de un año del reyno y de quatro del lugar, en que esto acaeciere; y que si el exceso se cometiere con parienta, doncella, ó ama, que cria el hijo del señor, se le castigue con mas rigor arbitrariamente. *De lo mismo en quanto á criados.*

## §. IIII.

### *De la simple fornicacion con la distincion de sus especies y circunstancias.*

1 Despues de advertido todo lo antecedente, como general á delitos de esta clase, paso á hablar de cada uno de ellos en particular, empezando por los ayuntamientos ilícitos, y dexando el lenocinio para lo último, en donde parece, que tendrá lugar mas oportuno. Hablaré primero de la simple *De la simple fornicacion y de tres especies, que deben distinguirse.*

fornicacion, que es el menor de todos los delitos, de que voy á tratar, y es el ayuntamiento de soltero y soltera. En nombre de solteros entendemos las personas, que no estan ligadas con vínculo de matrimonio, consanguinidad, afinidad, cognacion espiritual ó legal, órden ó religion. Este delito puede cometerse con mugeres públicas, que prostituyen su pudor por precio de dinero, ó con muger, que sin ser prostituta tiene la flaqueza de rendirse alguna vez y condescender ó convidar ella misma con su cuerpo á otro, ó con muger, con quien se tenga trato continuo y comunicacion ilícita con freqüencia: ésta se llama concubina, manceba ó amancebada; y entónces el delito se especifica, y tiene de mas grave, que los otros dos, la continuacion de él en ambos delinqüentes. Cortiada en la *decis.* 264. habla de difentes modos, con que puede una muger considerarse concubina: á todos los incuye ya la explicacion puesta.

*La simple fornicacion es intrínsecamente mala.*

2 Antiguamente defendiéron algunos la arriesgada opinion de no ser prohibida por derecho natural la simple fornicacion con el pretexto, de que no perjudicaba á los que cometian el delito, ni á la prole, á la qual decian, que no se le causaba perjuicio con lo mismo, que se le daba el ser: pero esta doctrina quedó condenada por Inocencio XI. en la *proposicion* 48.: y, aunque la simple fornicacion no sea opuesta á la generacion, lo es á la educacion de los hijos por el poco cuidado, que se suele tener de los bastardos, y por el desórden, que tanto de esto, como de la incertidumbre de los padres en muchos casos se sigue: atendido lo que sucede en comun, como es preciso, que lo atienda todo derecho natural ó positivo y no uno ú otro caso de raras circunstancias, es cla-

ra la razon, porque el derecho de naturaleza tiene prohibida la simple fornicacion. En quanto al derecho divino escrito, el eclesiástico y civil nadie ha dudado de la prohibicion: y aun los mismos defensores de la sentencia proscrita lo tuviéron bien presente y advertido, expresando, que era mala la simple fornicacion por ser prohibida por Dios y la iglesia: pero querian filosofar, que, prescindiendo de estos derechos, no hubiera sido prohibida por el solo de la naturaleza.

3 De la prohibicion de este delito, que no solo prueban las razones referidas aquí, sino tambien las generales, que arriba he puesto, pasemos á la tolerancia de las personas, que cometen este delito del primero de los tres modos, con que se ha dicho, que puede incurrirse en él.

*Las rameras no deben tolerarse seduciendo y escandalizando.*

4 Aunque algunos han querido reprehender la tolerancia de las rameras, es ella general en las ciudades y poblaciones muy grandes: y esto mismo hace mirar este mal como irremediable, ó de muy dificil remedio en dichos lugares, habiéndole tenido antiguamente por tal, no solo Caton segun la sentencia de Horacio en el *lib.* 1. *Satyr. satyr.* 2. sino tambien otros, como puede verse en S. Agustin en el *lib.* 2. *de Ordine cap.* 4. Lo que no se tolera, ni se debe tolerar en los gobiernos bien ordenados, es el que sean escandalosas las prostitutas provocando en público, y seduciendo á los incautos. De Calderó en la *decis.* 57. *num.* 86. *hasta el* 89. consta, que á las que sean escandalosas ó causen riñas y pendencias, se les suele desterrar en Cataluña.

*Providencias de Castilla y de Cataluña*

5 En nuestra *const.* 2. *de Adult. y estrup.* está mandado, para evitar, el que provoquen las prostitutas, que no puedan estar mas de una noche en

*para evitar algunos peligros de mugeres públicas.*

ningun meson, absteniéndose de pecar y provocar so pena de azotes á la que contraviniere, y lo mismo al hombre, que se acompañe con ellas, y de veinte florines de oro de Aragon al mesonero, que tuviere por mas tiempo en su meson á semejantes mugeres, debiéndose aplicar por terceras partes la multa al denunciador ó acusador, á la reparacion de los muros de la poblacion, y al oficial, que hiciere la execucion: lo mismo se lee en el *cap.* 29. del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 con pena de azotes tambien al hombre y muger, que hubieren tenido acceso en el meson, y de azotes tambien y arbitrarias á los mesoneros, que toleren. Porque no se permite el provocar se suele precisar en algunas partes á las mugeres públicas á vivir en barrios separados; y por esto en la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 40. *Animadversiones num.* 37. se dice, que á las mugeres públicas á instancia de vecinos honrados, precediendo informacion de que alguna es pública, se les suele obligar en esta provincia á dexar la casa: cita á Peguera *decis.* 12., que en realidad lo dice. Por la *const.* 1. *de Adulteris* se pueden echar las mugeres deshonestas, como rameras y alcahuetas de las calles de vecinos honrados, Peguera *cap.* 12., Calderó *decis.* 57. *num.* 87. y 88.

6 A fin de impedir, que no haya tanto número de prostitutas suele haber providencias preventivas en todas partes, para evitar tropiezos y proporcion de perderse á muchas mugeres. En el *capitulo* 36. del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 se lee prescrito, que las mugeres, que pueden estar con otro sirviendo, no se atrevan á estar por sí solas en casas pequeñas ó tiendas, sino que se empleen en servir á otras perso-

nas honestas, so pena de ser desterradas del principado por cinco años, y que ninguna casada, que no cohabite con su marido, pueda mantener casa ó habitar en tienda sopena de cinco años de destierro.

7 Otra providencia leo tanto de Castilla como de Cataluña. En la *ley* 7. *tit.* 19. *lib.* 8. *Rec.* se manda, que las mugeres públicas no tengan criadas menores de quarenta años so pena de un año de destierro y de dos mil maravedís, y que no debe haber casas públicas de dichas mugeres. En el *cap.* 34. del citado edicto de nuestra Audiencia, tambien se leé, que dichas mugeres no pueden tener en esta provincia criadas, sino solamente de cinquenta años sopena de azotes y destierro.

8 La pena de qualquiera simple fornicacion, prescindiendo de la de las mugeres públicas, de la que acabamos de hablar, y de la del concubinato, de que se tratará despues, es arbitraria segun la dependencia, en que esten las personas, que hayan cometido el delito, desigualdad, clase y otras circunstancias con respecto al público, que pueden hacer variar mucho este delito. Por derecho romano en el §. 4. *Inst. de Publ. iud.* tiene la simple fornicacion la pena de confiscacion de la mitad de los bienes, si el reo es persona de distincion, y de destierro con alguna pena corporal si es de inferior estado. Fontanella de *Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 1. *num.* 22. dice, que casi en todo el mundo no se aplica otra pena en caso de simple fornicacion, que la de casar ó dotar, hallándose generalmente recibido el derecho canónico en el *cap.* 2. *de Adulteriis.* Lo mismo, que Fontanella, dice Pradilla en la *part.* 1. de las *ley. pen. cap.* 5. *numero* 2. Expresamente dice Fontanella, que

*Pena de la simple fornicacion.*

en esta provincia no se aplican otras penas.

9 Sobre el tiempo, en que se ha de dar la dote, si desde luego que se condena el reo, ó si quando se case la muger, ofreciéndosele oportunidad de colocacion, hay algunas dificultades: pero para cortar muchos perjuicios, y el de que la muger no deba sufrir otro pleyto al tiempo de casarse, lo que se practíca y debe practicar en Cataluña, es que no se concede soltura al reo hasta haberse hecho el depósito de la dote ó de la cantidad, que para ella ha determinado el juez; y éste no suele mandar, que se alze el depósito, sino para que sirva de dote á la muger, quando se casa. Así lo dice Fontanella de *Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 1. *num.* 97. trayendo en el *num.* 98. exemplos de otras Audiencias, que practican lo mismo. Otras muchas qüestiones sobre esta materia de dote, debida por la causa de que hablamos, traen los autores, que pueden contarse, como en gran parte propias del derecho privado, bastando lo dicho por lo que mira al público. No obstante lo referido si el reo no tiene bienes ó dinero para dotar, se le aplica en todas partes pena extraordinaria. Así lo dice Fontanella *ibid. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 2. *n.* 1. *hasta el* 6., citando á otros, como que no teniendo entónces lugar la pena del derecho canónico entra la del civil, que como otras muchas es arbitraria.

10 Todo lo dicho debe entenderse, quando la soltera, en quien recae el delito, es honrada, como se puede ver en Cancér de *Spons. n.* 41. *hasta el* 54. y en Fontanella de *Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 1. *num.* 44. *hasta el* 54.

*Del caso en que consta ha-*

11 En esta materia han de distinguirse tres casos. El primero, quando consta haber el hom-

bre seducido á la muger. En este caso estan comunmente recibidos en todas partes los *capítulos* 1. *y* 2. *de Adult. et stupr.*, y la inteligencia de ellos en términos, que en el *dotabit eam*, *et habebit uxorem* las palabras no se entienden sino disyunctivamente, valiendo el *et* del capítulo lo mismo, que *vel*, Cancér *de Sponsal. num.* 26.: algunos dan la eleccion á la muger, para que escoja lo que mas le acomode. Piclér en el *título de Sponsal.* §. 1. *n.* 10. es de este dictámen, fundado en el *cap.* 1. *de Spons.*, en el qual se dice en realidad, que si el padre no quiere consentir en el casamiento ha de pagarse la dote, probando esto mismo, que la eleccion no es del reo. Cancér *de Sponsal. num.* 28. *hasta el* 39. parece, que da tambien la eleccion á la muger. La sentencia comunmente recibida parece la contraria. Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 2. *num.* 39. *hasta el* 44. da la eleccion al reo; y de allí mismo parece, que esta es la sentencia aprobada en la Audiencia de Cataluña. En la *Compilatio practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. y en Cortiada *decis.* 89. *num.* 11. tambien se dice, que el que desflora muger soltera debe disyuntivamente casar ó dotar, y que por consiguiente tiene la eleccion. En caso de haberse seducido á la muger con promesa verdadera ó falsa del matrimonio es mucho mas fundado y evidente el derecho de la desflorada, para que se imponga al delinqüente la pena referida, y aun la determinada y precisa de casarse, si lo quiere así la muger, como contestan todos los autores, y entre ellos Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 1. *num.* 31. *hasta el* 43. En la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. y en Cortiada *decis.* 89. *num.* 15. *y* 19. se dice, que si el reo no puede dotar, y no se quiere casar, ha

*ber el hombre seducido.*

de tener la arbitraria; que si fuere casado el estuprador está obligado á dotar, y á sufrir otra pena pecuniaria; y que si seduxo á la muger con falsa promesa de casamiento se agrava la pena, llegándose á imponer en este caso la de galeras. Gomez á la *ley* 80. de Toro *num.* 9. trae tambien, que quando el desflorador es casado, y no tiene bienes con que pagar, ha de sufrir pena corporal: y el Sr. Elizondo en su *Práctica universal tom.* 2. *pagin.* 406. dice, que en el dia es de quatro años de aplicacion á las armas. Del *tomo* 1. del mismo autor *pag.* 348., citándose á varios autores, parece tambien, que la opinion, comunmente recibida en las demas provincias de España, es la de dar al hombre la eleccion de dotar ó casar. Las penas referidas se fundan en la equidad natural de haber de compensar el daño el que le ha ocasionado.

*Del caso en que no consta haber el hombre seducido.*

12 El segundo caso es quando no consta de seduccion: entónces debe siempre presumirse, que la hubo por parte de el hombre, siendo esto lo mas regular, y lo que presume la ley única §. 2. *Cod. de Rapt. virg.*, Cáncér *de Spons. num.* 48.

*Del caso en que consta haber seducido la muger.*

13 El tercer caso es quando consta positivamente, que la muger fué la que seduxo, ó que sin necesitar de seduccion se prestó: entónces no tienen lugar las penas expresadas por la regla 27. *Dig. de Reg. iur. in* 6., que *scienti et consentienti non fit iniuria*: y solo á proporcion del escándalo, que se hubiere causado, y de las personas, que queden ofendidas, puede aplicarse pena extraordinaria.

*Sobre si el nombre de estupro es general á toda lascivia.*

14 A la simple fornicacion, de que he hablado, suelen llamarla algunos estupro, como se puede ver en los mismos lugares y autores, que he ido citando, y en la *ley* 6. §. 1. *Dig. Ad leg. iul. de*

*adult.* y en la 101. *Dig. de Verb. sign.* En estas leyes puede verse, que el nombre de estupro se usaba tambien generalmente por otros delitos de esta clase, como el adulterio: y los autores se valen tambien de él para significar qualquiera ayuntamiento ilícito. Otros se sirven de él para significar el caso, en que es forzada la muger.

*Pena de los tutores y curadores, que seducen á las menores para simple fornicacion.*

15 Hasta aquí he hablado de la simple fornicacion, considerada en sí sin referencia á circunstancias: de estas voy á tratar ahora, empezando por las que tienen relacion á las personas. Quando algunas abusan de la autoridad ó confianza, que les da su oficio ó empleo, como los tutores y curadores respecto de las niñas ó menores, los jueces y alcaydes respecto de las mugeres presas, se aumenta la pena, porque por razon de dichos ministerios la seduccion, que se supone en qualquier hombre, sube de punto hasta presuncion de violencia. En la *ley únic. Cod. Si quis eam cuius tut. fuer.* se dice, que el tutor, que hubiere desflorado á la pupila confiada á su cuidado, debe padecer la pena de deportacion y confiscacion de todos los bienes: añade que le correspondiera aplicar la pena del raptor: esto se dirá, porque las instigaciones apretadas, de que se valen los tutores, y otros abusando de su potestad, se suelen comparar con la misma fuerza y violencia. La misma pena se supone por derecho de Castilla en la *Sum. de ley. pen.* de Pradilla *part.* 2. *cap.* 5. citándose, como adoptada la misma ley, y Gomez en la *ley* 80. de las de Toro *num.* 24., que trae tambien la pena expresada: en confirmacion cita la *ley* 6. del *titulo* 17. *parte* 7. que realmente aplica la misma pena. Esto parece, que habrá de entenderse de tutores, que pasan á ser curadores, que en el comun modo de

hablar se confunden muchas veces, y con respecto á adultas: pues por lo que toca á muchachas menores de doce años, que son las únicas, que en rigor tienen tutores , ya se verá luego otra pena. La citada *ley* 6. impone tambien la confiscacion de todos los bienes no teniendo el reo ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado.

*La qualidad de la muger puede agravar en este delito la pena hasta la de muerte.*

16 En quanto á las personas, sobre que recae la injuria de la simple fornicacion, tambien es dignísima de considerarse su qualidad y clase: de manera que Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 2. *num.* 22. *hasta el* 29. dice, que por razon de dichas personas puede la pena llegar á la de muerte, quando se trata de hombre vil con muger noble, y de criados con señoras.

*Pena de este delito quando recae en niña.*

17 En quanto á la simple fornicacion con muchacha menor de doce años dice Pradilla en la *Suma de ley. pen. part.* 1. *cap.* 7. *num.* 6., que el que la desflora, aunque no la robe, tiene pena de muerte. De Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *parte* 2. *n.* 12. *hasta el* 19. parece, que dicha pena de muerte solo se aplica en caso de fuerza ó violencia: pero del mismo lugar consta, que siempre se presume en estos casos la fuerza, no probándose lo contrario. De la violencia voy á hablar con relacion únicamente á la simple fornicacion, de que acabo de tratar.

*Pena de este delito quando hay fuerza, y recae en muger casadera.*

18 La simple fornicacion con violencia en soltera apta ya y proporcionada para el matrimonio tiene en Cataluña pena arbitraria; si se cometió con soltera, que no tiene edad proporcionada para el matrimonio, arbitraria mayor: si solo hay conato se condena extraordinariamente el reo á conducirle por los lugares acostumbrados, por donde se llevan los reos al patíbulo, y á la galera al re-

mo. Así se lee en la *Compilatio practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. : pero por lo que dice Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 2. *num.* 9. *hasta el* 22. parece, que debe este delito de simple fornicacion con violencia castigarse con pena de muerte, tanto si la muger, á quien se hace la violencia, es casadera, como si dexa de serlo. Solo parece que hay la diferencia expresada en el número antecedente en quanto á la presuncion de violencia en la menor de doce años.

*Penas de derecho canónico contra el concubinato.*

19 Por lo que toca al concubinato, en el qual la continuacion y la reincidencia puede juzgarse qualidad agravante por razon de la persona, el Santo Concilio de Trento *ses.* 24. *cap.* 8. *de Reformat. matrim.* dispone, que los amancebados, quando es notorio el delito, y amonestados por tres veces por el ordinario no echaren las concubinas, deben ser descomulgados, sin absolvérseles hasta que obedezcan: sino obedecen despues de la tercera monicion perseverando del mismo modo previene, que se castiguen arbitrariamente amancebados y concubinas, desterrándose éstas, é invocándose en caso de ser necesario el brazo seglar. En el *cap.* 14. de la *ses.* 25. *de Refom.* del mismo Concilio están las penas de privacion de frutos, suspension, privacion de beneficio, y excomunion, con que se ha de proceder contra los clérigos, que cayeren en este delito.

*pena por derecho de Castilla.*

20 Por derecho real en la *ley* 1. *tit.* 19. *lib.* 8. *Rec.* se impone á la muger, que con clérigo, frayle ó casado estuviere amancebada siendo soltera, la pena por la primera vez de un marco de plata y destierro de un año; por la segunda de otro marco y destierro de dos años, y por la tercera de otro marco, cien azotes y destierro de un año, Gomez

en la *ley* 80. de las de Toro *n.* 19. *hasta el* 23. Por la *ley* 5. *y* 6. *ibid.* el hombre casado, que tuviere manceba públicamente, tiene pena del quinto de sus bienes hasta en cantidad de diez mil maravedís aplicados á los parientes de la manceba, para que siendo soltera se coloque y viva honestamente: si la manceba fuere casada la pena es de la mitad de los bienes aplicados para la cámara real. No parece, que haya pena en este capítulo para los solteros amancebados; y por consiguiente en quanto á estos será arbitraria. El no prevenirse pena para este caso provendrá de la diferencia de tiempos y costumbres.

*por el de Cataluña.*

21 Calderó en la *decis.* 57. *num.* 90. dice, que á las concubinas se les amonesta en Cataluña, para que no cohabiten, con pena de destierro, azotes, cárcel ó pecuniaria, y que se executa en caso de contravencion. De el *tit.* 14. de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *num.* 32. y de Cortiada *decis.* 89. *num.* 6. consta, que se les manda, que no cohabiten baxo de cierta pena, que se exîge en caso de contravencion. En el *cap.* 34. del citado edicto de nuestra Audiencia se lee prescrito, que casados y solteros, que viven amancebados, so pena de azotes, destierro de cinco años y otras arbitrarias, tanto los hombres como las mugeres, han de cortar la comunicacion.

*Pena de la viuda que no vive con honestidad.*

22 Por la *ley* 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *Rec.* la viuda, que no vive honestamente, pierde la mitad de los gananciales adjudicados del primer marido, á cuyos herederos deben aplicarse.

## §. V.

### *Del adulterio.*

1 Por razon de las personas no solo debe considerarse algunas veces qualificado el acceso ilícito con circunstancia agravante, como se ha visto en los casos referidos, sino tambien de distinta especie, como quando le cometen casados: ya dixe, que la simple fornicacion es entre solteros, esto es entre personas, que no estén ligadas con alguno de los muchos vínculos, que pueden tener, como el del matrimonio, órden y religion: el ayuntamiento ilícito, en que alguno de los delinqüentes sea casado, es y se llama adulterio: este delito ya en la ley antigua se castigaba con pena de muerte, segun consta del *cap.* 20. del *Levítico vers.* 10, del *cap.* 22. del *Deuteronomio vers.* 22. y del *cap.* 8. del *Evangelio* de San Juan, condenándose los adúlteros á morir apedreados. *Qué es lo que se comprehende en nombre de adulterio, y su pena de muerte por la ley antigua.*

2 Además de la torpeza, comun á otras especies de incontinencia, hay en este delito la qualidad de injusticia contra el próximo: porque, si entre los casados ninguno tiene jurisdiccion, ni dominio de su cuerpo, como dice el Apóstol en la *carta* 1. á los de *Corinto cap.* 7. *vers.* 4., sino que recíprocamente le tiene el uno de el del otro compañero, el que divide su cuerpo, y le aparta de aquel, á que está únicamente unido, es sobremanera injusto é infiel, y tanto mas, quanto mas delicada es la materia, toda de honor, lealtad y nobleza. *Gravedad de este delito.*

3 La sociedad civil se turba tambien sobremanera con este delito por las malas conseqüencias, que trae, divisiones y ódios en las familias.

4 Los jurisconsultos romanos, segun consta de la *ley* 6. §. 1. y de la 34. §. 1. *Dig. Ad leg. iul. de adult.*, no entendian, que se cometiese este crímen, sino quando el ayuntamiento ilícito se tenia con casada: el de soltera, aunque el cómplice fuese casado, no se decia adulterio: pero está generalmente recibido el derecho canónico, por el qual, como consta del *canon* 15. *caus.* 32. *quaest.* 5., y de otros, qualquiera violacion de la fe conyugal en acceso ilícito, ya sea de soltero con casada, ó de casado con soltera, ó de dos casados, es y se tiene por adulterio: éste puede decirse, que es violacion del lecho propio ó ageno: si el casado peca con soltera mancha su propio lecho, si con casada el soltero mancha el ageno, y ambos, quando el casado peca con casada. En qualquiera caso de estos valen todas las razones puestas desde el *n.* 1. *hasta el* 4. para conocer la gravedad de este delito, aunque el que lo es por parte de muger casada, atendida la incertidumbre, que resulta en quanto á los hijos, y á las conseqüencias, que en órden á este particular pueden seguirse, es ciertamente mas grave, por lo ménos en lo que mira al derecho público: y de aquí provino sin duda el diverso concepto, que he explicado de los romanos.

*Adulterio simple y doble.*

5 Este delito se llama simple, quando uno de los dos delinqüentes no está ligado con vínculo de matrimonio: en el caso de estarlo ambos le llaman doble.

6 Lo que debe advertirse es, que para que se entienda cometido el delito de adulterio, debe ser honrada la muger: en la que se abandona á muchos no se considera adulterio en quanto al derecho público, *ley* 22. *Cod. Ad leg. iul. de adult.*, porque no tanto se ha de juzgar de ella, como de ca-

sada, sino como de prostituta en órden á las penas del fuero externo.

7 La pena de este delito por derecho canónico parece ser la excomunion en los hombres, quando perseverasen en delinquir, *cap.* 6. *de Adult. et stupro*, con reclusion perpétua á las mugeres en un monasterio para hacer allí penitencia, *cap.* 19. *de Convers. coniug.*: y se tiene este delito por bastante causa, para divorciarse el casado inocente del que le ha faltado á la fe ganando la dote y el esponsalicio, *cap.* 5. *de Divort.*, *cap.* 4. *de Donat. int. vir. et ux.*

*Pena del adulterio por derecho canónico, romano y de Castilla.*

8 Por derecho romano está tambien autorizado el divorcio, *novel.* 117. *cap.* 8., la pérdida de la dote y de la donacion *propter nuptias*, *ley* 8. §. 4. *y* 5. *Cod. de Repud.*, *novel.* 117. *cap.* 8. *y* 9. Por la *ley* 4. *y* 30. §. 1. *Cod. Ad leg. iul. de adult.* se impuso la pena de muerte: pero en la *auténtica Sed hodie* del mismo título se mitigó en quanto á las mugeres, conmutándose en azotes y reclusion en monasterio, quedando allí perpetuamente, si el marido no la recibe dentro de dos años: lo mismo en la *ley* 15. *tit.* 17. *part.* 7. con aplicacion de dote y arras al marido. Las *leyes* 1. *y* 5. *tit.* 20. *lib.* 8. *Rec.* autorizan en la muger adúltera y su cómplice la pena de muerte queriéndola el marido ofendido. En estos tiempos en casi ninguna parte se castiga este delito con pena capital sino con destierro ó reclusion.

9 El juez, dice la *ley* 13. §. 5. *Dig. Ad leg. iul. de adult.*, en condenar á la muger debe tener presente, si el marido le dió mal exemplo, porque es injusto, que el marido pretenda, que la muger sea honesta no siéndolo él: lo mismo consta de la *ley* 7. *tit.* 17. *part.* 7.

*Quando el marido dió mal exemplo puede excusarse el adulterio de la muger.*

*El adulterio de quien está casado con dos es mas grave que el otro.*

10. El adulterio del que tiene dos mugeres es mucho mas grave. No solo tiene entónces la malicia que he explicado del otro, sino tambien la continuacion del adulterio y profanacion sacrílega del sacramento con una poligamia escandalosa, y destruidora de la unidad del santo matrimonio en quanto á lo que pueden la voluntad y obras de un particular. Es tanta la malicia de este crímen, que funda sospecha de heregía contra el que le comete, como se ha dicho en el *lib. 1. tit. 9. cap. 9. seccion 16. art. 13. num. 10.* Por la *ley 8. tit. 20. lib. 8. Rec.* tienen los poligamos la pena de vergüenza pública y de diez años de servir en galeras.

*Pena del adulterio por derecho de Cataluña.*

11. En quanto á Cataluña dice Peguera en el *tom. 1. de Decis. cap. 94.*, que convencida la muger ó condenada por adulterio debe entregarse al marido, para que se la tenga en reclusion en conformidad al *usage 2. y const. 3. de Adult. y estup.* del *segundo vol.* prestando caucion idónea, de que la tendrá en su casa propia en una estancia de doce palmos de largo, seis de ancho, diez y seis de alto, que le dará un gergon y una frazada, oportunidad de lugar comun, y ventanilla para darle alimento, y que le dará cada dia diez y ocho onzas de pan y quanta agua quisiere, y que no le dará, ni hará dar nada, que pueda acelerarle la muerte. Dice que así se executó en 1591 con una adúltera. Otros exemplos de lo mismo cita Fontanella *de Pact. nupt. claus. 7. glos. 3. part. 12. num. 27.* En el *cap. 95. ibid.* dice Peguera, que la adúltera por el *usage* citado pierde la dote y los bienes parafernales: esto ya parece fundado en derecho comun: lo mismo Cancér *de Dote et donat. propt. nupt. n. 133. hasta el 138.*, y puede verse Fontanella *de Pact. nupt. claus. 7. glos. 3. part. 12. num. 11 hasta el 31.*

Confirma el establecimiento de la referida pena de reclusion Peguera en su *Práctica crimin. cap.* 29, y que, si el marido no puede fácilmente disponer la reclusion en el modo dicho, suele á instancia suya encerrarse la adúltera en la casa, llamada *de las egipciacas*, que parece que en el dia se llama *de la galera*.

## §. VI.

### Del incesto.

1 Por justas causas se ha prohibido el matrimonio entre las personas, que tienen parentesco entre sí de consanguinidad ó afinidad: entre las que le tienen por linea recta de ascendientes ó descendientes la prohibicion es al infinito sin limitacion de grado, segun parece del §. 1. *Inst. de Nupt.*, y de la ley 53. *Dig. de Ritu nuptiarum.* En esto está conforme el derecho canónico: en la linea transversal está ceñida la prohibicion, ó el impedimento dirimente de matrimonio al quarto grado inclusive de consanguinidad ó afinidad, *cap.* 8. *de Consanguin. et affinit.* El derecho antiguo extendia el impedimento al séptimo grado, *canon.* 1. 7. 16. y 19. *quaest.* 2. *caus.* 35. Los Padres del Concilio de Trento en el *cap.* 4. de la *ses.* 24. *de Reform. matrimon.* añadiéron la restriccion de ceñir el impedimento de afinidad al segundo grado, quando viene de acceso ilícito.

*Prohibicion de matrimonio entre los parientes y hasta qué grado en la linea transversal.*

2 En la linea recta de los ascendientes y descendientes son bien patentes las causas de la prohibicion por la fealdad, que hay en mezclarse los padres con sus hijas: repugna á esto la misma naturaleza con un género de aversion, que no nece-

*en la recta en todos grados: razones en qué uno y otro se funda.*

sita de reflexiones, para sentirla en sí qualquiera: además no podria en semejantes casamientos tener lugar la igualdad, que ha de haber entre marido y muger: aun en los parientes de linea transversal hay una especie de repugnancia natural, ó falta de la inclinacion, que en los demas: por ella diria el jurisconsulto en la *ley* 38. §. 3. *Dig. Ad leg. iul. de adult.*, que el incesto por su naturaleza es mas grave, que el adulterio. En ambas líneas hay tambien otras razones para la prohibicion, como la de que, sino la hubiese, serian muchos los casamientos de parientes con gran perjuicio del público y de la sociedad; porque el espíritu sociable y de amistad, que con los enlaces de casamientos se va extendiendo de unas familias á otras, estaria muy ceñido: las familias de unos mirarian á las de otros con ceño y emulacion, como se miran las naciones entre sí, procurando disminuirse los adelantamientos é intereses léjos de procurárselos. Es tambien digno de consideracion, que se abriria un gran portillo á muchos desórdenes por la libertad y familiaridad, que proporciona el parentesco: mediante él, si los parientes cercanos pudiesen dirigir sus ideas al fin del matrimonio, habria muchos deslices y delitos, de los que son el objeto de este título.

*El acceso ilícito entre parientes se llama incesto.*

3 Pasemos pues á tratar del que cometen los que, siendo parientes de consanguinidad ó afinidad en los grados expresados, tienen acceso entre sí, al qual llaman incesto los jurisconsultos, segun parece de la *ley* 5. *Dig. de Quaest.*: y corrientemente los canonistas y teólogos dan á este delito el mismo nombre.

*Prohibicion de matrimo-*

4 Por ser el bautismo una segunda generacion, y por la semejanza, que tiene la espiritual con la

otra en quanto al respeto debido por los bautizados á los que bautizan y á los que sacan de pila, y por la semejanza, que hay entre las personas, que administran el sacramento de la confirmacion, con que se corrobora, y da fuerza al bautizado para la profesion de la fe christiana, con las que bautizan, ha querido la iglesia, que contraxesen cognacion espiritual el que bautiza ó confirma, y los padrinos con los bautizados, y confirmados, y con el padre y madre del que se bautiza, ó del que se confirma, siendo esta cognacion entre dichas personas impedimento dirimente de matrimonio segun el *cap.* 2. de la *sesion* 24. *de Reformat. matrim.*

*nio entre los que tienen parentesco espiritual.*

5. Tambien hay cognacion, que se llama legal, esto es una especie de parentesco, que han introducido las leyes, autorizando la adopcion, y prohibiendo especialmente mientras ella dura el casarse á las personas unidas entre sí con dicho vínculo, §. 1. *y* 2. *Inst. de Nuptiis*, *ley* 14. 17. *y* 55. *Dig. de Ritu nupt.*: los sagrados cánones, como consta del 1. §. 1. y del *can.* 5. *caus.* 30. *quaest.* 3. y del *cap. unic. de Cognat. leg.*, han aprobado esta especie de parentesco, y los efectos indicados en lo relativo al matrimonio, por lo que imita la adopcion á la naturaleza.

*y entre los que le tienen legal.*

6. Esta cognacion legal la dividen los canonistas en paternidad que dicen, esto es, la que hay en linea recta entre el adoptante y el adoptado ó los descendientes de hijo adoptivo, que estan en la patria potestad del adoptante, y este parentesco parece, que hasta el infinito y para siempre es impedimento dirimente §. 1. *Inst. de Nuptiis*, en fraternidad en linea lateral ó transversal, la qual se halla entre los hijos ó descendientes naturales y adoptivos del adoptante, que estan en su patria potestad,

*Division del parentesco legal.*

y esta es impedimento mientras dura la adopcion, *ley* 17. *Dig. de Ritu nuptiar.*, *cap. unic. de Cognat. leg.*; y finalmente en afinidad, que hay entre el adoptante y la muger del adoptado, ó entre el adoptado y la muger del adoptante: esta es como la paternidad, la qual no cesa aunque cese la adopcion, *ley* 14. *princ.* y §. 1. *Dig. de Ritu nuptiar.* Segun se explican los autores esta cognacion legal solo nace de la adopcion, que se llama adrogacion, esto es, de la adopcion de los que, siendo independientes de potestad agena, con autoridad del príncipe se constituyen hijos adoptivos de otros.

*Sobre si el acceso entre personas, que tienen parentesco espiritual y legal, es incesto.*

7. En los autores, que tratan del incesto, veo que solo hablan, ó dicen que se comete este delito entre personas de consanguinidad y afinidad, sin expresar nada de la cognacion espiritual ni legal. Solo hallo, que Muyart en el *lib.* 3. *tit.* 4. §. 3. *Loix criminelles dans leur ord. nat.* comprehende en el incesto el acceso con parienta, que lo es por cognacion espiritual: parece que, teniéndose por incesto el crímen de acceso con personas, que no pueden casarse por impedimento de parentesco, debe tambien reputarse tal el que se comete por los que están unidos entre sí con vínculo de cognacion espiritual ó legal. Con todo veo tambien que Santo Tomás *Secunda secundae quaest.* 154. *art.* 10. *ad secundum* dice: *si enim aliquis abutatur persona coniuncta sibi secundum spiritualem cognationem comittit sacrilegium ad modum incestus*: de estas últimas palabras parece, que en caso de acceso entre personas unidas con vínculo de cognacion espiritual el incesto no lo es en todo rigor ó en toda propiedad, como debiera serlo para podérsele aplicar las penas. Lo mismo parece, que ha de decirse en casos de cognacion legal.

8 La pena del incesto es por derecho canónico en el que persevera contumaz la excomunion, *canon 9. caus. 35. quaest. 2.* y *latae sententiae* en el que contrae casamiento incestuoso, *clement. unic. de Consanguin.*: los eclesiásticos tienen pena de deposicion, *can. 8. 9. caus. 30. quaest. 1.*

*Pena del incesto por derecho canónico.*

9 Por derecho civil parece, que algunas veces se castiga el incesto con menos severidad, que el adulterio: así lo dice expresamente la *ley* 38. §. 3. *Dig. Ad leg. iul. de adult.* A muchos autores les parece, que quando el incesto es entre personas de linea recta de ascendientes y descendientes la pena ha de ser mayor y de muerte: y no tiene duda, que es en este caso notablemente mas abominable el delito. Puede fundarse el aplicar la pena capital en dicho caso en la citada *ley* 38. §. 3. por lo que se dice en ella, que algunas veces se castiga con menor pena el incesto, que el adulterio: de esto mismo debe inferirse, que en algunos casos no se hace, y que entónces ha de tener lugar la pena del adulterio, que era de muerte por derecho civil: y esto nunca puede entenderse mejor, que en el caso raro de romperse todo el freno del pudor abusando los padres de sus propias hijas y descendientes. Tanto por la citada *ley* 38. como por la *l. ult. Dig. de Ritu nupt.* parece, que la pena de este delito por derecho romano es arbitraria. El casamiento incestuoso tiene privacion de oficio, destierro y azotes, si se trata de persona vil, y confiscacion de bienes, no habiendo hijos, *auténtica Incestas Cod. de Incest. nuptiis.*

*por derecho civil.*

10 Pradilla *Suma de Leyes penales part. 1. cap. 8.* dice, que la *ley 3. tit. 18. part. 7.* pone al incestuoso la misma pena, que al adúltero; y que además por la *ley 7. tit. 20. lib. 8. Rec.* debe el incestuoso perder la mitad de los bienes aplica-

*por derecho de Castilla.*

dos para la cámara real. En realidad consta esto de dichas leyes.

*por derecho de Cataluña.* 11 En quanto á Cataluña Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 2. *num.* 6. trae, que el incestuoso en los ascendientes y descendientes se ha de castigar con pena de muerte, y en los de linea transversal con pena menor corporal y reclusion en un monasterio en las mugeres.

## §. VII.

### Del sacrilegio.

*Explicacion de lo que es sacrilegio en esta materia.* 1 Por la qualidad de las personas se agrava tambien el delito de incontinencia, pasando á especie distinta, que llamamos sacrilegio. Este se comete quando alguno de los dos delinqüentes en acceso prohibido es persona consagrada á Dios con voto de continencia, como los religiosos ó las religiosas y los iniciados en órdenes sagradas. Por no poderse comprehender estas personas en la clase de solteras, hallándose ligadas con el voto y obligacion de castidad, no cabe la simple fornicacion. Con todo por lo que respecta al derecho público Piclér en el título *de Adult. et stupro num.* 14. *y* 22. dice, citando á varios criminalistas, que no se gradúa de sacrilegio este delito, sino quando el acceso se hubiere tenido con muger religiosa ú obligada á Dios con voto solemne de castidad, y que en caso de delinquir con esta especie de delito algun clérigo ó religioso con soltera, aunque hubiese esta hecho voto simple de castidad, se castiga como simple fornicacion.

*su pena por cánones.* 2 La pena de este delito, cuya gravedad es por sí bien manifiesta, es la excomunion en los le-

gos, y deposicion en eclesiástico con reclusion á algun monasterio, *can.* 6. *y* 28. *caus.* 27. *quaest.* 1.: y la religiosa, que voluntariamente hubiere consentido en cometer el sacrilegio, tiene pena de carcel perpétua ó de pasarla á una órden de mas estrecha disciplina y observancia, *can.* 11. 25. 28. 30. dicha *caus.* 27. *quaest.* 1.

3 Por derecho civil el que tuviere acceso con monja ó religiosa tiene pena de muerte, y de reclusion á monasterio de mas estrecha observancia la monja, *ley* 5. *Cod. de Episc. et cler.*, *novel.* 123. *cap.* 43. La misma pena dice Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 6. que corresponde por derecho de Castilla, citando la *ley* 4. *tit.* 11. *lib.* 4. *del Fuero.* Con la *ley* 7. *tit.* 20. *lib.* 8. *Rec.* consta, que además de las otras penas establecidas por derecho se impone en este delito la de perder la mitad de los bienes para el fisco. *por derecho romano y de Castilla.*

4 En Cataluña dice Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 5. *part.* 2. *num.* 8., que corresponde tambien pena de muerte, bien que allí mismo dice, que nunca vió aplicarla. *por derecho de Cataluña.*

## §. VIII.

### *De la sodomía.*

1 Por razon de ser las personas de un mismo sexô se diversifican los delitos, de que hablamos: y el ayuntamiento de dos hombres ó de dos mugeres se llama sodomía, formando esta qualidad agravante un delito de distinta especie: tambien es y se llama sodomía, quando se verifica entre personas de diferente sexô en vaso indebido: este género de sodomía se llama imperfecto por algunos *Quiénes son reos de este delito.*

autores, que no tienen por delito propio de sodomía, sino quando los que tienen acceso son de un mismo sexô: y á este solo creeré, que corresponden las penas de derecho público, que iré notando, y extraordinaria á la sodomía imperfecta.

*Sobre si los reos de la sodomía imperfecta deben sufrir la pena ordinaria del delito.*

2 No faltan autores, y entre estos cuenta Piclér en el *lib.* 5. *tit.* 16. *num.* 24. á Claro, Farinacio y Menochio, que aun en la sodomía imperfecta quieren que tengan lugar las penas generalmente establecidas para los sodomitas: pero una vez, que comunmente convienen los autores, en tener por imperfecta la sodomía en dicho caso, parece, que las penas solo han de dirigirse contra el delito, que lo es en rigor y con toda propiedad. El mismo Piclér tiene con razon en el lugar citado por mas probable la opinion de aplicar en dicho caso pena extraordinaria, y la funda en la *ley* 1. §. 2. *Dig. de Extraord. crim.*, en la qual parece claro, que quando el delito solo puede decirse, que lo es imperfecto, se ha de aplicar pena extraordinaria. No obstante Pradilla en la *part.* 1. de sus *ley. pen. cap.* 11. *num.* 4. dice, que en dicho caso suele aplicarse la misma pena, que en el otro, citando entre otros á Gomez en la *ley* 80. *num.* 33. de las de Toro, que en realidad lo defiende, y añade, que es comun opinion.

*De la fealdad de este delito.*

3 Es tanta la torpeza y fealdad de este crímen, que ni aun parece, que pueda nombrarse entre los hombres: por esto las leyes civiles le llaman nefando, como se puede ver en el §. 4. *Inst. de Publ. iud.* y en otros muchos lugares.

*su pena por derecho canónico y romano.*

4 Por derecho canónico está impuesta la pena de deposicion y reclusion al clérigo y de excomunion al lego, *cap.* 4. *de Exces. praelat.* Del §. 4. y de la *ley* 31. *Cod. Ad leg. iul. de adult.* consta, que

por derecho civil la pena de este delito era de muerte : *gladio punit* , *gladio ultore.*

5 Por derecho de Castilla los reos de este delito han de morir quemados , confiscándoseles todos sus bienes , *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 8. *Rec.* En órden á Cataluña Peguera en el *tom.* 1. *Decis. cap.* 75. dice, que por la *ley* 31. *Cod. Ad leg. iul. de adult.* tienen los sodomitas pena de muerte y muerte de fuego por general costumbre. Cortiada en la *decis.* 30. *num.* 119. *y* 120. dice , que quando los Inquisidores declaran alguno ser sodomita , y le entregan al brazo seglar, lo que solo segun su opinion puede practicarse quando es incorregible el delinqüente, se ha de condenar á garrote ó horca y á quemar el cadaver: dice ser esta la pena generalmente recibida. *por derecho de Castilla y de Cataluña.*

6 En quanto á militares en el *art.* 83. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se lee , que el convencido de crímen bestial ó sodomítico ha de ser ahorcado y quemado. *por ordenanzas militares.*

## §. VIIII.

### *De la bestialidad.*

1 Despues de tanta maldad en este género de delitos aun queda mayor, é igualmente contra naturaleza en el crímen de bestialidad : éste es el ayuntamiento de hombre ó muger con algun irracional : el nombre solo , y la sencilla explicacion de lo que es este crímen, lleva ya por sí y presenta , sin que se necesite de reflexîon ninguna , la abominacion de él : sobre la malicia comun á los otros delitos de lascivia tiene éste la propia de abandonarse el hombre al horrible exceso , de valerse para engendrar monstruos de las facultades *De la bestialidad y de quan abominable es este delito.*

y miembros, que se le han dado para la conservacion, y propagacion de hombres hechos á la imagen de Dios: crímen horrendo, y no solo contrario á las virtudes regulares en los hombres, sino aun á la misma naturaleza: hasta los mas desenfrenados en este crímen de lascivia suelen abstenerse de esta maldad: los mismos brutos no buscan, ni aman el mezclarse sino con los de su propia especie.

*su pena por derecho canónico, romano y de Castilla.*

2 Por derecho canónico tiene este crímen la misma pena, que el de sodomía: por derecho civil parece que la de muerte: la *ley* 31. *Cod. Ad leg. iul. de adult.* comprehende este delito. Por derecho de Castilla segun la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 8. *Rec.* el reo ha de ser quemado confiscándosele todos los bienes.

*por ordenanzas militares.*

3 De los militares ya acabamos de decir al hablar de sodomía, que tienen pena de horca y de quemarse el cadaver.

## §. X.

### *De la polucion y actos, que tienen influencia en los delitos antecedentes, y del conato en los mismos.*

*De la fealdad de este delito y de su castigo.*

1 De los delitos, que lo son por ayuntamiento prohibido por leyes y sagrados cánones, paso á otros de luxuria, que lo son, sin que por ellos haya ayuntamiento, como es la polucion ó efusion de semen fuera de acto proporcionado para la generacion. Es esto prohibido y por derecho natural, como consta de la *proposicion* 49. de las que condenó el Sumo Pontífice Inocencio XI., con la qual se defendia la opinion contraria. Este delito es contra la naturaleza, por lo que con él se malogra la

semilla y fecundidad destinada á la propagacion de los hombres, y por los grandes inconvenientes, que traería, apartando á los mismos de las pesadas cargas del matrimonio, si les fuese lícito buscar desahogos fuera de él: pero este crímen mas debe considerarse pecado, que delito, que castiguen las leyes, por quedarse, por lo comun, tan oculto á los legisladores, como los pensamientos de los hombres. Solo veo exemplos de castigo en caso de haberse cometido con cómplice voluntario ó forzado: en este caso no tanto puede considerarse este delito por sí, como por el otro, á que se ordena, de sodomía ó adulterio ó de otra especie: esto es como delito atentado, de lo que se hablará despues.

*De los actos, que influyen en los delitos de lascivia, y de su castigo.*

2 La virtud de la castidad no solo prohibe todo ayuntamiento ilícito, sino tambien los actos, que tienen una influencia inmediata en él, como los ósculos y tocamientos obscenos, que han de quedar prohibidos por las leyes en consequencia de serlo los actos, á que se ordenan: en este caso los delitos han de tener pena extraordinaria, y aplicada con relacion á la ordinaria, que corresponde al delito, á que por su naturaleza se dirigen. Peguera en el *tom.* 1. *Decis. cap.* 7. dice, que por la *ley* 1. *Dig. de Extraord. crim.* el delito atentado, que carece de efecto, tiene pena extraordinaria, y conforme á esto trae una declaracion de haberse aplicado dicha pena en el caso, en que se verificó uno de los antecedentes referidos.

*Del conato en delitos de lascivia y de su castigo.*

3 Hasta aquí he hablado de los delitos de lascivia suponiéndolos consumados: falta hablar de los atentados, que no han pasado de conato con algun acto exterior y próxîmo á la consumacion del delito, á los quales por las reglas generales es

claro, que debe darse menor pena, esto es extraordinaria, como ya previene la *ley* 1. §. 2. *Dig. de Extraord. crim.* hablando de los de esta especie. Peguera en el *tom.* 1. *Decis. cap.* 75. trae exemplar, de que á uno en 1599, de quien constaba conato con acto próxîmo á la sodomía, se le condenó á galeras: y dice, que observó varias veces, que en semejantes casos de solo conato, aunque fuese con acto próxîmo, no se aplicaba sino pena extraordinaria del delito.

## §. XI.

### *Del lenocinio.*

*El lenocinio puede recaer en casi todos los delitos de lascivia: fealdad de este delito.*

1 Despues de los antecedentes delitos oportunamente se puede hablar del lenocinio, que los comprehende ó puede recaer en casi todos: pues en todos, á excepcion de el de la bestialidad, puede haber conciliadores de voluntades, que proporcionen los delitos, de que va hecha mencion, llevando recados ó descubriendo los deseos de los que quieren delinquir, incitando ó facilitando casa, favor y abrigo para la execucion de esta especie de maldades. Estos son causas morales de los delitos por lo que dixe en la *sec.* 2. del *cap.* 2.: y todo quanto se dice en quanto á auxîliadores y encubridores comprehende tambien á esta maldita ralea de gente, digna de severo castigo, por lo que malea las costumbres de muchos jóvenes y doncellas incautas, que no perdieran su pudor, si no fuese por medio de alcahuetes, que sin ser incitados por el deleyte, como los otros que caen en delitos de lascivia, por el solo vil interes, y con un comercio el mas infame ponen en movimiento

las pasiones, facilitando oportunidad para el desahogo de ellas con abominables delitos.

2 En nombre de lenocinio entiendo el delito de los que por interes solicitan, ajustan, abrigan ó fomentan comunicacion ilícita para usos lascivos entre hombres y mugeres, ó la permiten en sus casas. *Qué es lo que se entiende en nombre de lenocinio.*

3 Como las leyes se ordenan para lo que regularmente sucede juzgo, que las que castigan el lenocinio no hablan de terceros y conciliadores de voluntades de muchachos para el delito nefando: bien que, si alguna vez se verificase tan abominable comercio, por equivalencia de razon deberian aplicarse las penas proporcionadas, gobernándonos por las que hay establecidas para los otros casos y por lo que se ha dicho de la naturaleza del delito. *Del lenocinio en quanto al pecado nefando.*

4 Por la misma razon no puedo dudar, que las penas, de que hablaré, son para el caso de proporcionarse con el lenocinio acceso ilícito: quando solo se verifique en actos feos, que no llegan á tanto, que es caso muy raro en la práctica, tienen los terceros pena extraordinaria. *La pena ordinaria del lenocinio se incurre verificándose el acceso ilícito.*

5 No basta un solo acto de torpe conciliacion para el lenocinio: y quando no se verifique mas de uno, sin dexar de tener lugar la pena extraordinaria, no se aplica la de lenocinio, como se puede ver en la *decis.* 57. de Calderó *n.* 24. *y* 25. Esto es ya consiguiente á la explicacion, que he hecho del lenocinio. *y repeticion de actos.*

6 Tambien se disputa, si para el lenocinio se requiere el que se haga por interes: Calderó *ibid. num.* 11., refiriendo varias sentencias, dice que el tercero, que media en este tráfico infame sin motivo de interes, suele sufrir por nuestra Au- *Necesidad de que se haga por interes para la pena ordinaria.*

diencia la pena extraordinaria, algo ménos fuerte, que la ordinaria del lenocinio: trae de esto varios exemplares.

*Pena del lenocinio por derecho romano y de Castilla.*

7 Los autores veo que citan la *novela* 14. §. 1. en prueba de que los alcahuetes tienen pena de muerte. Muyárt *Les loix criminelles lib.* 3. *tit.* 4. §. 4. y Peguera en el *cap.* 15. *num.* 10. tambien la citan para lo mismo: pero en el lugar, en que se habla en dicha ley de pena capital, es con relacion al caso de prostituirse con lenocinio alguna muger contra su voluntad. De la *ley* 29. §. 3. *Dig. Ad leg. iul. de adult.* y de la *ley* 1. *Dig. de Extraord. cognit.* parece, que es arbitraria la pena de este delito, que es de los que irrogan mas infamia, *ley* 1. *Dig. de His qui notant. infam.*: lo cierto es, que generalmente no está recibida la pena de muerte. De Peguera en el citado lugar, de Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 10. y de Gomez en los comentarios á la *ley* 80. de las de Toro *num.* 73. consta, que por costumbre general se aplica en el lenocinio la pena de azotes, avergonzándose al reo públicamente con una coroza con pinturas alusivas al delito, y con galeras ú otra arbitraria segun los paises. Gomez, aunque reconoce dicha costumbre, parece que no se contenta con ella, juzgando á lo ménos en quanto al marido, que comete lenocinio, que debe aplicarse la de muerte.

8 En la *ley* 4. *tit.* 11. *lib.* 8. *Rec.* á los rufianes, que tuvieren mugeres públicas, se les impone por la primera vez la pena de azotes, por la segunda de destierro perpétuo, y por la tercera de horca: y las mugeres, que tuvieren rufianes tienen penas de azotes por la misma ley. La *ley* 5. *y* 10. *ibid.* aumentan la pena y mandan, que los rufianes, aunque no tengan sino diez y siete años, sean por

la primera vez sacados á la verguenza y condenados á servir en las galeras por diez años y por la segunda á azotes y á servir perpetuamente en galeras. Estas penas comprehenden á los maridos, que consienten, que sus mugeres sean malas de cuerpo, ó las inducen á serlo, *ley 9. tit.* 20. *lib.* 8. *Rec.*

9 En quanto á Cataluña ya se ha indicado lo de Peguera. Calderó en la *decis.* 57. *num.* 13. 14. *y* 32. contesta, en que la pena regular de este delito es de azotes con coroza en el modo dicho, y de diez años de galeras á los hombres, y de diez de destierro del corregimiento á las mugeres. En la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *n.* 32. y en Cortiada *decis.* 89. *num.* 97. consta, que á las alcahuetas en Cataluña se las suele azotar, poniéndoles una coroza, y desterrándolas por tres ó cinco años del corregimiento, y por cinco años de todo el principado, si lo son de sus hijas. La misma pena parece de los mismos lugares, que generalmente se aplica en todas partes. En el *cap.* 35. del edicto de nuestra Real Audiencia de 21 de octubre de 1716 se lee impuesta al lenocinio la pena de azotes con coroza, y de remo en galera por diez años á los hombres, y de azotes tambien y coroza á las mugeres, condenándolas á reclusion en la casa llamada de la *galera* en Barcelona, ó de la *penitencia*, por ocho años, ó de destierro por diez, y mayor ó menor segun las circunstancias. En el alcahuete de su propia muger se aumenta por circunstancia agravante la pena, Calderó *decis.* 57. *num.* 21. *hasta el* 24. En el *cap.* 33. del citado edicto de nuestra Audiencia se manda, que nadie se atreva á tener muger pública ni deshonesta, que viva de su torpe ganancia, so pena de azotes, destierro y de muerte natural, si hay reincidencia: *ibid.*

*por derecho de Cataluña.*

se dice, que ninguna muger deshonesta debe tener rufian, ni á aquel entregar dinero, so pena de azotes y de otras impuestas por constituciones de Cataluña.

## §. XII.

### *De las injurias.*

*De las injurias y de la necesidad de castigarlas.*

1 Los delitos de lascivia, que acaban de ocupar nuestra atencion, ofenden el honor de varios delinqüentes en un mismo tiempo, quando son dos, ó muchos los que concurren voluntariamente en el acto, por lo que en la comun opinion de los hombres de bien, y de buenas costumbres, se menoscaba la reputacion no solo del que seduce, sino tambien de la persona, que se dexa seducir: los que voy á referir ahora son diferentes en este particular: pues uno solo es el que padece en su honor, esto es el injuriado: y no debe considerarse mas que uno como reo y delinqüente, conviene á saber el que injurió: este es digno de severo castigo por las malas conseqüencias, que resultan de la impunidad, tomándose los hombres con actos violentos é ilegítimos la satisfaccion, que deben esperar de los magistrados, y naciendo de esto riñas, tropelías y desórdenes.

*La negligencia en su castigo causa desafios, y encargo para castigarlas hasta con pena de muerte.*

2 Yo creo, que en gran parte han nacido en muchos tiempos los desafios de la indolencia, con que los magistrados y xefes miran las injurias de sus dependientes. Si hay una constante experiencia, de que los jueces toman á su cargo, como deben, la defensa y el desagravio de los ofendidos, no tienen estos impulso para tomarse la satisfaccion, que ya se les da por otra parte. En la pragmática de desafios de 28 de abril de 1757 se reconoce esta

indolencia, como lo es realmente, por una de las causas del desafio; y para impedir el que ella obre sus malos efectos se mandan en la misma castigar severamente las injurias con la expresion, de que, segun fuere la gravedad de ellas, se aumente la pena hasta el último suplicio.

*En qué consiste la injuria.*

3 Injuria, quando hablamos de delito, con que se perjudica á la honra del próximo, es qualquier dicho ó hecho ofensivo de otra persona: de esto hay varios exemplos en la *ley* 1. §. 1. *y* 2. en la 13. §. 3. la 15. §. 20. 21. 22. 27. y en la 19. *y* 39. *Dig. de Iniur. et famos. lib.*

*Division de la injuria en verbal y real.*

4 Debe dividirse la injuria en verbal, que es la que se hace con dicho ó palabras, y real, que es la que se comete con hecho, *ley* 1. §. 1. *Dig. de Iniur.*: á la primera pueden reducirse las sátiras, las coplas, cantares y versos injuriosos, como que se hacen con palabras ó dichos escritos, y á la segunda la pintura ofensiva, que se comete con el hecho de pintar para ofender á otro.

*Sin ánimo de ofender no hay injuria.*

5 Tambien se vé, que, consistiendo la malicia de este delito en la ofensa, no incurren en él los que sin ánimo de ofender hubieren hecho alguna cosa, que prescindiendo de hacerla para el fin, que se tuvo, podia parecer injuria, como quando á algun esclavo, hijo ó discípulo se dan palos ó azotes, *ley* 15. §. 38. *Dig. de Iniur.*, pudiendo ser castigado el que se exceda en esto sin hacerse reo culpable de injuria, *ley* 5. §. *últ. Dig. Ad leg. aquil.*, ó como quando se ha hecho lo mismo por juego ó chanza, *ley* 3. §. 3. *Dig. de Iniur.*

*Personas que tienen derecho para quejarse de la injuria.*

6 Por el interes, que tienen varias personas en la conservacion del honor de otras, se entiende algunas veces, que la injuria no solo lo es de la persona, á quien directamente se hace, sino tam-

bien de otras, en cuya potestad ó dependencia vive la persona injuriada: la que se hace al hijo redunda contra el padre: la que se hace á la muger hiere al marido, ó al que le tiene empeñada ya la palabra de casamiento, como consta del §. 2. *Inst. de Iniur.*, de la *ley* 1. §. 3. 4. *y* 6., de la 15. §. 24. *Dig. de Iniur.*, de los comentadores de dichos títulos y de la *ley* 9. *tit.* 9. *part.* 7. No es del caso detenerme en este asunto, debiendo llamar mi principal atencion la noticia de la pena, que las leyes han justamente impuesto, para que se contuviesen los insolentes y provocadores.

*Division de la injuria en leve, grave y atroz.*

7 La injuria puede considerarse leve, grave y aun atroz: esto depende, como por sí es manifiesto, de si es cosa leve, grave ó atroz lo que comprehende la injuria, ó de las circunstancias de la persona, que agravia, ó de la agraviada, del lugar, del tiempo ó del modo, como consta en general de lo dicho en el *cap.* 2. *sec.* 4., y en particular del §. 9. *Inst. de Iniur.*, de la *ley* 7. §. 7. *y ult.*, la 8. *y* 9. *Dig. de Iniur.*, la 4. *Cod.* del mismo título, y de la *ley* 6. *y* 20. *tit.* 9. *part.* 7., en donde hay varios exemplos, que pueden servir para guiar el juicio en la determinacion de quál injuria es atroz, quál grave, quál leve.

*Pena de la injuria por derecho romano.*

8 Por derecho civil, segun consta del §. 7. *Inst. de Iniur.* y de la *ley* 21. *Dig. de Iniur.*, se condena al que injuria á pagar al injuriado lo que éste estime la injuria atendida la qualidad de la persona, y regulándola el juez segun su prudente arbitrio: pero esto no tanto es pena, como enmienda de daño con accion civil, como parece de las autoridades citadas, y de todos los autores civiles, que tratan de esta materia. La pena por el §. 10. *Inst. de Iniur.* y la *ley ult. Dig.* del mismo título es

arbitraria. El condenado por accion de injuria, siendo grave y atroz, es infame, *ley* 40. *Dig. de Iniur.*, y *ley* 10. *Cod. Ex quib. caus. infam. irrog.*

9 En nuestro título *de Injurias y danys donats* hay veinte y ocho usages y ocho constituciones, relativas á la estimacion de diferentes injurias, que son de poco ó de ningun uso en nuestros tiempos, habiendo ya variado infinito las circunstancias. En el dia, segun parece de Peguera en el *tomo* 1. *Decis. cap.* 13. *num.* 18. *y* 19., la pena, que se suele aplicar en esta provincia, es tambien arbitraria. Lo mismo parece en quanto á Castilla de la *Suma de leyes penales* de Pradilla *part.* 1. *cap.* 42., no poniéndose allí pena determinada por derecho real, sino en el caso de las cinco palabras, que llaman de la ley. Prueba tambien, que es arbitraria esta pena en todo el reyno, el decreto de 21 de octubre de 1723 en el *auto* 2. *tit.* 8. *lib.* 8. *Rec.* y la pragmática de 28 de abril de 1757 sobre desafios, mandándose en dichos lugares por S. M., que en el castigo de las injurias se proceda con las penas ordinarias y correspondientes de derecho, amenazando aumentarlas hasta el último suplicio.

*por derecho de Castilla, y de Cataluña.*

10 Todo lo dicho es relativo á injurias tratando en general de ellas: hablando con separacion de injurias verbales y reales puede quedar mas especificado y aclarado el asunto. En quanto á las verbales está generalmente recibida la pena de cantar la palinodia, como dicen, esto es, de desdecirse de lo que dixo el que injurió á otro. Vinio en los comentarios al §. 10. *de Iniuriis num.* 1. contra Matheu gradúa la accion, con que ha de pedirse la palinodia, por civil. Pradilla *Suma de ley. pen.* en la *part.* 1. *cap.* 42. *num.* 8. tiene á esta pena por corporal y aflictiva: y bien parece esto

*La injuria verbal se castiga con la palinodia.*

fundado, porque al que causa la injuria se le mortifica con la diligencia de presentarse y desdecirse, que es cosa, que causa rubor y vergüenza. Esta accion, desconocida del derecho romano, se dice *famae et rei persequutoria*, y se funda en que la fama, ó el honor perdido ó menoscabado con qualquier especie de injuria, puede restituirse, retratándose de lo que dixo el que injurió.

*Con la misma se castigan los que injurian con las cinco palabras de la ley.*

11 Por la *ley* 2. *tit.* 10. *lib.* 8. *Rec.* el que llamare á otro gafo ó sodomita, ó cornudo, ó traydor ó herege, ó á muger, que tenga marido, puta, ú otros semejantes denuestos é injurias, se ha de desdecir ante el juez y hombres honrados al plazo, que le señalare el juez, y ha de pagar mil doscientos maravedis, la mitad para el querelloso, y la otra mitad para el fisco: el hidalgo ha de pagar dos mil. Las referidas son las cinco palabras, que suelen decirse de la ley.

*Pena de la injuria verbal por derecho de Cataluña, y reparos en quanto á la palinodia.*

12 En quanto á Cataluña del *tit.* 14. de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *num.* 32. consta, que tambien se practica alguna vez la palinodia. Del §. 31. *ibid.* parece, que á los deslenguados se les aplica alguna vez la pena de la mordaza. Peguera *cap.* 13. trae exemplar, de que á uno, que injurió á otro, llamándole judío, se le mandó desdecir en un lugar público: trae allí la fórmula, con que se precisó á desdecir al reo. Parece que se le mandó llevar por los lugares, por donde acostumbran pasar los reos, en quienes se executa pena corporal, y que se le desterró por un año. Cortiada en la *decis.* 99. *num.* 45. *y* 46. dice, que por la injuria de llamar judío, sodomita, ladron, cornudo y otros semejantes denuestos, se castiga á arbitrio del juez á la restitucion de la fama, á cantar la palinodia, y á pedir perdon al injuriado en los

mismos lugares en que le injurió : *num.* 47. *y* 48. dice, que algunos autores son de opinion, que no sirve la palinodia, sino para injuriar de nuevo, y hacer que muchos sepan lo que ántes sabian dos ó tres ; que Fontanella *de Pact. nupt. claus.* 5. *glos.* 1. *part.* 1. *num.* 106. dice lo mismo, y que en un caso de 1615 se condenó á uno á destierro, dexando para siempre la palinodia, bien que con repugnancia de los ministros antiguos : con todo de tiempo posterior trae exemplar de haberse insistido en castigar con la misma pena, cuya aplicacion solo puede hacer dudosa el reparo indicado para el caso, en que no sea muy pública la injuria.

*Los nobles no se castigan con la palinodia sino con pena arbitraria.*

13 Los nobles se excusan, como se ha dicho en la *sec.* 4. *art.* 4. *cap.* 4., de la pena de palinodia; y en su lugar tienen la arbitraria, *ley* 2. *tit.* 10. *libro* 8. *Rec.* : en esta se puede ver, que lo que falta por este lado en el castigo se suple con la mayor cantidad, que se le manda pagar, y además con otra pena, que pareciere al juez, segun la qualidad de las personas injuriadas, y de las palabras, con que se les ha ofendido. Lo dicho es comun á toda injuria verbal.

*La sátira es injuria verbal y su gravedad.*

14 La de sátira ó de qualquier obra ú escrito injurioso puede considerarse especie de injuria verbal, debiéndose tener por tanto mas grave, quanto mayor es la detraccion, que se causa, siendo una cosa permanente el escrito á diferencia de las palabras, que se las lleva el ayre : en el escrito queda continuada la injuria, y vivo lo muerto, y perjudica tanto, como si el que injuria, no solo dixese una vez las cosas injuriosas, sino que continuase siempre despues en ello : no solo hay este motivo para considerar esta injuria mas grave, que las otras verbales en igualdad de circunstan-

cias, sino tambien la del chiste y sal de la poesía, con que se enciende el deseo de leer los escritos satíricos, oirlos y aplaudirlos, cundiendo mucho mas que de qualquier otro modo la injuria.

*Pena de la sátira por derecho romano, de Castilla y de Cataluña.*

15 Por la *ley unic. Cod. de Famos. libel.*, con la qual concuerda la *ley* 3. *tit.* 9. *part.* 7., el que dictare é hiciere, y el que no quitare ó no rompiere un libelo infamatorio, tiene pena de muerte. De Peguera en el *cap.* 77. de Gomez *Variar. tom.* 3. *cap.* 6. *num.* 1. y de Pradilla *Sum. de ley. pen. parte* 1. *cap.* 42. consta, que tanto en Castilla, como en Cataluña es necesario para incurrir en dicha pena, que en el libelo ó cartel infamatorio estén escritas injurias, por las quales el injuriado hubiese de incurrir en pena de muerte: conteniendo otras injurias es arbitraria la pena. Perez en los comentarios al título *de Famosis libellis n. ult.*, citando á Julio Claro, dice que en el dia comunmente está recibido, el que se aplique pena menor, que la de muerte, como de multa pecuniaria, azotes ó quando mas galeras: y de la *decis.* 99. *num.* 45. *y* 46. de Cortiada parece, que resulta lo mismo en la determinacion de un caso particular.

*Providencia general de 1785 en órden á los que satirizan con escritos.*

16 Con fecha de 29 de noviembre de 1785 el Sr. Conde de Floridablanca participó al Sr. Juez de imprenta y librerias el modo, con que se ha de proceder, quando alguno se queja de que en alguna obra impresa se le satiriza, ridiculiza, hiere ó ofende, expresando que en caso de ser justas las quejas se condene á los autores á la retractacion pública, ó á la explicacion de sus obras, y á la reparacion del daño y costas, como tambien á las demas penas correspondientes, y que en el caso de no ser fundadas las quejas deben sufrir iguales penas los que las hayan promovido, todo con cita-

cion y audiencia de los autores. En este caso no solo hay libelo infamatorio, sino tambien impresion de él, agravándose con esto mucho mas el delito.

17 De injurias reales hay poco que decir sobre lo advertido en general de qualquier injuria y de las verbales, debiéndose castigar tambien las reales arbitrariamente, y con proporcion regulada. Solo hablaré de algunas injurias determinadas, en que hallo doctrina particular. Cortiada *dec.* 99. *num.* 33. *hasta el* 44. trata de varias especies de injurias, como de golpe de baston, de puñadas, bofetones y cicatriz en la cara. Dice que por lo comun en Cataluña se aplica el tiempo de carcel por pena ó destierro, y que se agrava pidiendolo las circunstancias. Trae muchos exemplares, de que, habiéndose hecho la herida ó alguna de dichas injurias á persona condecorada ó ilustre, se les ha pasado á los reos de dicho delito un clavo entre la piel de los dedos pulgar é índice teniéndolos así en lugar público por un quarto de hora y condenándose á galeras. Lo mismo consta de la *decis.* 100. En la 96. *num.* 51. trae exemplo, de que á un mal hijo, que puso atrevidamente las manos en su padre, se le clavó de dicho modo por un quarto de hora la mano, llevándole por los lugares, en que se acostumbran executar los reos con pena corporal, y se le condenó á galera. *De las injurias reales y de su pena.*

18 En la *ley* 3. *tit.* 20. *lib.* 6. *Rec.* se dispone, que el criado ó criada, que injuriare á su amo, poniendo manos en él, á mas de las otras penas de derecho, en que incurren los que injurian, sea habido por aleve, como persona, que quebranta la seguridad y fidelidad que debia: y que, si solo echare mano á la espada y tomare armas, siendo *Pena del que injuria á su amo poniendo manos en él.*

hidalgo, además de las otras penas, esté preso treinta dias y desterrado por dos años, y no siendo hidalgo á mas de las otras penas sea puesto á la verguenza.

*Pena de los que sin justa causa recusan magistrados.*

19 En la *decis.* 23. de Cortiada *num.* 27. *hasta el* 30. se dice, que el que rehusa á un magistrado como sospechoso, si no lo consigue, puede ser castigado por la injuria con pena extraordinaria, pero que en Cataluña no vió jamas practicarlo, aun tratándose de recusaciones de ministros de la Audiencia: añade, que tampoco estaba en su tiempo en práctica la *const.* 1. *de Recusació de tots jutges*, que condena en costas al que queda vencido en pleyto de recusacion, citando á Fontanella *decis.* 4. *num.* 11. *y* 12. y *decis.* 14. *num.* 16., que en realidad lo dice. En la *ley* 17. *tit.* 10. *lib.* 2. *Rec.* á los que oponen recusaciones á oidores de chancillerías y audiencias, que no se den por bastantes, se les impone la pena de sesenta mil maravedís y de treinta mil á los que las oponen del mismo modo á los alcaldes del crímen.

*Las cencerradas son injuria real y su pena.*

20 Entre las injurias reales pueden contarse las cencerradas, que se hacen á viudos ó viudas, que pasan á segundas nupcias. Con real órden de 25 de septiembre de 1765 se prohibieron so pena de cien ducados para pobres encarcelados y de quatro años de presidio á qualquiera persona de qualquiera graduacion, que fuere, si se le hallare con algun instrumento de los que se usan en dichas cencerradas ó acompañando en el mismo acto á los que los llevan. Así lo dice Martinez *Lib. de juec. tom.* 4. *letra* C *num.* 26.

*Pena de varias injurias reales por or-*

21 Por el *art.* 49. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* el oficial, que tome la espada en mano ó pistola contra otro, tiene privacion de empleo, y el que hubiere

hecho primero la accion tiene á mas dos años de destierro á presidio, y si resultó muerte pena de la vida ú otra extraordinaria segun el caso. En el *art.* 119. *ibid.* se lee, que el oficial, que diere palo ó bofeton á otro, será despedido y encerrado por toda su vida en un castillo con estrecha reclusion. En el *art.* 50. *ibid.* se lee, que el soldado, que estando en acto de servicio ultrajare de palabra ó hiciere ademan de ofender sin motivo á otro, á quien no esté subordinado, será castigado corporalmente sobre el mismo hecho: en el *art.* 51. *ibid.*, que el que pusiere mano á las armas para ofender á otro en presencia de tropa armada, de modo, que pueda ocasionar desórden en ella, ó alterar la quietud pública, se le ha de cortar la mano. *denanzas militares.*

## DE LOS DELITOS, CON QUE SE PERJUDICA Á LOS PARTICULARES EN SUS BIENES.

### §. XIII.

*Del hurto considerada su naturaleza y la relacion á circunstancias extrínsecas.*

1 Asegurada la vida, la salud y el honor con las penas impuestas á los delitos, de que he tratado, queda el cuidado aun de asegurar los bienes, castigando los delitos, con que se nos perjudica en ellos: el que mas directamente causa este perjuicio es el hurto. Quando Dios en el séptimo precepto del *Decálogo* no nos dixese tan clara y distintamente, *no hurtarás*, y en la *carta* 1. del Apóstol á los *de Corintho* en el *cap.* 6. *vers.* 10. *ni los ladrones, ni los avarientos, ni los dados al vino, ni los maldicientes, ni los raptores poseerán el reyno de Dios*, aque- *Del hurto y su gravedad.*

lla sola luz de la razon natural, que al despuntar en nosotros la advertencia, nos hace conocer desde luego sin maestros ni leyes lo que es malo y vicioso, nos haría entender, quán grave delito es el hurto y quán contrario al derecho natural, como ya previene Justiniano en el §. 1. *Inst. de Oblig. quae ex delict. nasc.*: y el jurisconsulto en la *ley* 42. *Dig. de Verb. sign.* entre las cosas, que no tanto por prohibicion de ley positiva, como por su misma naturaleza son malas y feas, pone con el adulterio el hurto. Cicerón en el *lib.* 3. *de Offic. cap.* 5. tambien pone este delito entre las cosas opuestas á la naturaleza, como que con él se rompe el vínculo de la sociedad humana. Dice allí mismo, que así como en el cuerpo humano, si cada miembro atraxese á sí la fuerza correspondiente á otro miembro cercano á él, habria necesariamente de enflaquecer y perecer todo el cuerpo; del mismo modo, si cada uno de nosotros roba para sí las conveniencias de otros, es preciso, que se destruya la sociedad de los hombres. La naturaleza, dice, no sufre, que despojando á otros acrecentemos nuestros haberes y riquezas: la justicia da á cada uno lo que es suyo: la distribucion y señalamiento de bienes, que introdujo el derecho de gentes, y que confirman las leyes divinas y humanas, debe mantenerse con firmeza.

*Necesidad de su castigo para la seguridad de los bienes.*

2 Cada particular ha de tener seguridad de conservar lo que le toca por derecho, si no queremos ver del todo trastornada la sociedad civil: si la ley no reprimiese la insolencia de los usurpadores de bienes agenos por el natural interes de cada uno en defender los propios se cometerian muchos excesos con la justa resistencia, con las precauciones cuerdas para evitar el peligro, con

las pesquisas, solicitud y venganza en el recobro, despues de haberlos perdido.

3 Por otra parte se entorpeceria tambien el movimiento del comercio y de la industria, porque aburre y quita las ganas de desvelarse en mejorar las cosas, y de hacer inventos y proyectos el ver que el fruto de todos los sudores se los ha de llevar un pícaro ladron con injusticia y sin trabajo: de manera, que en todas partes es pestilencial á la sociedad el delito del hurto, pero señaladamente en los pueblos industriosos y aplicados. Si lo que trabaja el labrador en el campo no ha de quedar seguro, si el dinero, que lleva el viajante, corre mucho riesgo de perderse, desde luego cesa la circulacion con atraso de la agricultura y de las artes: el comercio por qualquiera lado, que se mire, necesita de suma seguridad pública: y el hurto debe considerarse tan contrario á la economía como á la justicia.

*Es muy perjudicial el hurto á la economía y á la industria.*

4 El exemplo de todas las naciones, que con severos castigos han refrenado la insolencia de los ladrones y salteadores, prueba que este delito no solo está opuesto al derecho natural, sino tambien al de las gentes, sin que deba embarazarnos lo que se cuenta de los lacedemonios y egipcios, entre los quales parece, que hubo algun género de impunidad en este delito, como refiere Aulio Gelio *Noct. at. lib.* 11. *cap.* 18: pues ésta impunidad estaba modificada ó ceñida á cosas de comer, y con el peligro de castigarse tambien á los que se prendiesen en el mismo punto de llevarlas, para despertar y avivar de éste modo la industria, como explican otros autores, y ya lo indica el citado Gelio: además, habiendo leyes establecidas, que autorizaban el poderse llevar alguno la cosa

*Todas las naciones le han castigado severamente.*

de otro, cesaba ya ó dexaba de ser hurto el llevársela por el dominio eminente de la ley sobre las cosas del estado en un modo semejante de lo que debe decirse de los israelítas: estos no cometieron hurto quando despojáron á los egipcios de sus riquezas, porque lo hicieron con autoridad del supremo legislador y dueño de todas las cosas. Sea de esto lo que fuere el exemplo de dos naciones y de determinados tiempos no puede prevalecer contra el de las demas: y es poco asunto para impedir, que no sea derecho de gentes una cosa, autorizada generalmente y en todas las edades, recibida y reconocida por justa en las naciones mas cultas del mundo.

5 El caso es que no solo está conforme el derecho de gentes con lo que voy sentando, sino que lo está mas de lo que debieramos querer: pues es cierto, que no solo se ha castigado y castiga el hurto con severidad, sino aun con crueldad en algunas naciones cultas, siendo infinitos los que por esta causa se condenan á muerte y muerte de rueda, sin contar otros muchos reos, que por este delito se almacenan en minas, arsenales y presidios. Al hablar de las penas en general en el *capítulo* 4. ya dixe todo lo relativo á esta materia, y que se ha dudado por algunos si puede aplicarse pena de muerte. No solo ha habido en esto autores, que han defendido, que no puede imponerse pena capital al hurto, sino tambien legisladores, que han autorizado este modo de opinar. De estos últimos tiempos me parece haber leido en un papel periódico, que en Prusia se habia quitado la pena de muerte en el hurto, y de Aragon tengo entendido, que el simple no se castiga con último suplicio. Todo esto solo debe obrar el efecto de no

dexarnos llevar de un ciego ímpetu y clamor popular contra los ladrones para aplicarles pena demasiado severa y sin graduacion y distincion de unos delitos á otros, quando está ya demostrado en la *sec.* 3. del *cap.* 4., que la seguridad, que se pretende de los bienes, con el excesivo rigor en las penas del hurto se trueca en pérdida de la vida, en asesinatos y violencias públicas.

*Puede aplicarse en el hurto la pena de muerte.*

6 En lo que no debemos detenernos es en seguir la máxîma generalmente establecida en casi todos los gobiernos, de que por el bien del estado, para la seguridad debida de poderse mantener á los particulares en el goce y posesion de sus cosas, puede aplicarse al ladron la pena de muerte: deben valer para esto todas las razones dadas arriba, sin que nos embarace el que en la ley antigua, segun parece del *cap.* 22. *del Exôdo*, solo tenia el hurto pena pecuniaria: esto era precepto judicial y político de la república hebrea: la simplicidad de las costumbres, y la menuda distribucion de tierras entre todos, no exîgiría entónces la mayor pena, que se necesita en nuestros dias para cortar los hurtos y latrocinios. Basta ya de este asunto, y entremos en la definicion, division y explicacion de este delito y de las penas, que corresponden.

*Definicion del hurto y su pena por derecho romano antiguo.*

7 El hurto me parece que puede definirse, apropiacion fraudulenta de cosa agena, mueble ó semoviente. En muchas cosas se desemeja la jurisprudencia de nuestros tiempos de la de los romanos en quanto á este delito, especialmente por lo que toca á los tiempos antiguos: entre los romanos era este delito privado; entre nosotros público: entre los romanos se distinguia para la aplicacion de la pena el hurto manifiesto, esto es, quando se cogia al ladron en fragante, ó ántes de

poder escapar con la cosa hurtada; y en no manifiesto, esto es, quando no se podia coger de dicho modo: en estos tiempos no se hace diferencia de un caso á otro: los romanos no parece, que aplicasen en algun tiempo otra pena, que la del dos tanto en hurto no manifiesto y del quatro tanto siendo manifiesto: esta pena y distincion no es de uso para nuestros tiempos, y mucho ménos lo es la averiguacion del hurto *concepto*, *oblato*, *prohibito* y no *exhibito*, de que se habla en el §. 4. *Inst. de Obligat. quae ex delic. nasc.*: antigüedades, cuyo conocimiento no puede servir para el objeto de esta obra. Omitiendo estas y otras diversidades paso á explicar la definicion, que he puesto acomodada á estos tiempos.

*De la fuerza de la palabra apropiacion en dicha definicion.*

8 En la definicion de este delito, que se pone en la jurisprudencia romana, como parece del §. 1. *Inst. de Oblig. quae ex delic. nasc.* y de la *ley* 1. §. *últ. Dig. de Furtis*, se expresa el fin, á que se dirige este crímen, esto es á ganar ó enriquecerse el ladron con la cosa hurtada *lucri faciendi causa*: esto se pondria para distinguir ó no comprehender en la definicion alguna usurpacion fraudulenta, que puede haber de cosa agena, sin ser hurto, como por exemplo lo que dice el jurisconsulto en la *ley* 39. *Dig. de Furtis*, que no es hurto el robo de una esclava hecho por causa de lascivia, y lo que se dice en las *leyes* 41. §. 1. *Dig. Ad leg. aquil.* y la 53. *Dig. de Furt.*, que, si en realidad se ha quitado á alguno lo que es suyo ó se le ha echado á perder por petulancia ó injuria, no se comete hurto. Todo esto parece queda prevenido con la sola palabra *apropiacion*, de que me he valido: pues en ninguno de estos casos, ni en otros semejantes hay apropiacion: si á alguno no le con-

tenta esto ponga él muy enhorabuena ó añada en la definicion el fin ó intencion, con que se hurta. La palabra *apropiacion* vale lo mismo ó significa, que el ladron, siendo la cosa agena, se la pretende hacer suya, disponer de ella como de cosa propia, y tener todo ó el mismo derecho, ó utilidades por lo ménos, que tendria el dueño, ganando de este modo á costa agena.

9 Dicha apropiacion ha de ser fraudulenta, porque si es con ánimo inocente y sin designio de quitar nada á nadie no es delito ni hurto: por consiguiente si alguno se ha llevado, ó tiene alguna cosa agena pensando ser propia, ó tener derecho sobre ella, no es reo de este delito, *ley* 25. §. 6. *Dig. de Heredit. petit.*, *ley* 43. §. 10. *Dig. de Furt.* *Dicha apropiacion debe ser fraudulenta.*

10 La apropiacion fraudulenta debe ser de cosa agena, que se quita á otro. De aquí infieren los jurisconsultos, que, no habiendo persona, que posea la cosa tomada por otro, no puede haber hurto, *ley* 1. §. 15. *Dig. Si is qui testam. lib.* : y en realidad, no habiendo quien posea y tenga como propia aquella cosa, no puede decirse, ni entenderse agena respecto del que se la lleva. Por esto sentáron los romanos, que no cabe hurto en los bienes de herencia yacente, conviene á saber de los bienes, que dexó el testador, difunto ya, quando no está todavía admitida la herencia: así consta de dicha ley, y de todo el título de los Códigos romanos *de Crimine expilatae hereditatis* : en realidad en dicho tiempo no hay persona, que posea y tenga dichos bienes, á quien se pueda decir, que se quiten ó hurten: de consiguiente el que se lleva alguna de las cosas pertenecientes á la herencia no puede ser reo de hurto: esto se explicará mas al hablar del crímen de mesada herencia. *Debe ser de cosa agena.*

*La cosa puede ser agena en quanto á la propiedad, uso ó posesion.*

11 Una cosa puede ser agena en quanto á la propiedad, en quanto al uso, y en quanto á la posesion: y de esto nacen diferentes especies de hurto, aun en quanto á la misma cosa, de que es dueño el que comete el hurto. Quando se apropia alguno cosa, que es agena en quanto á la propiedad, es manifiesto el hurto: pero éste puede verificarse tambien, quando por alguno se apropia el uso ó la posesion de una cosa, no tocando de derecho aquel uso ó posesion al que se la arroga. Quando el deudor da una alhaja por prenda, ésta no la tiene el acreedor para poder usar de ella, sino para seguridad de la deuda; y si usa de ella se apropia el uso, que es ageno: el depositario de alguna cosa solo la tiene en custodia, sin poderse servir de ella para sus usos; y el comodatario está obligado á usar de lo que graciosamente se le concede del modo, que se hubiere estipulado. En estos casos y en otros semejantes, que se pueden ver en el §. 6. *Inst. de Oblig. quae ex delic. nasc.* y en las *leyes* 40. 54. *y* 76. *Dig. de Furt.*, se comete hurto. Si el mismo deudor quita al acreedor la prenda, que le hubiere dado, como le quita la posesion natural y justa, en que está dicho acreedor, y se la apropia no siendo suya, tambien comete hurto de la posesion, §. 10. *Inst. de Oblig. quae ex delic. nasc.*, *ley* 12. §. 2., *ley* 19. §. *pen.*, *ley* 87. *Dig. de Furt.*, *ley* 9. *tit.* 14. *part.* 7.: y este es un caso, en que el dueño de una alhaja en lo mismo, que es propio y suyo, comete hurto: pero, como ya dixe, que la apropiacion debe ser fraudulenta, y en los casos epecificados puede fácilmente suceder, que el que de propia autoridad se lleva lo que es suyo no atine ni dé en malicia de hurto, pensándose tener derecho para

lo que hace, pocas veces en la práctica se debe aplicar pena por razon de este hurto. Piclér en el *tit. de Furtis num.* 1. dice, que el hurto de uso y posesion, si no está complicado con el de la cosa, no se castiga criminalmente: *criminaliter non punitur*: pero segun las circunstancias, sino militase ninguna presuncion favorable, tambien parece, que debiera aplicarse pena.

*El hurto solo recae en bienes muebles ó semovientes.*

12. Parece propio del hurto el recaer en bienes muebles ó semovientes, como dicen todos los intérpretes, fundados en el § 1. *Inst. de Oblig. quae ex delic. nasc.*, en la *ley* 3. § 18. *Dig. de Adquir. vel omit. poses.*, en la 25. *Dig. de Furt.*, y en otras muchas. Si por alguna contingencia con arte y maña, fingiéndose alguno astuta y maliciosamente heredero, ó con otro color y título se apropiare alguna casa, heredad ú otros bienes raices, entónces deberia este delito reducirse á la clase de falsedad ó estelionato, de que se hablará despues, y deberian tenerse presentes las penas del hurto, para aplicarlas por la equivalencia, porque este crímen se reduciria á hurto: y sin duda ninguna, sino le comprehendiesen las leyes civiles, el séptimo precepto del decálogo le incluiria. Los invasores y usurpadores de bienes raices con violencia son reos de fuerza pública.

*La pena del hurto por derecho romano moderno.*

13. La pena del hurto por derecho romano, dexando aparte la restitucion del dos ó del quatro tanto, y prescindiendo de algun tiempo, en que no habia otra pena que la pecuniaria, llegó á ser de muerte, *ley* 28. § 15. *Dig. de Poen.*: pero esta ley solo habla de reos de latrocinio, que se distinguen, como se verá luego, de los de hurto. En quanto á estos parece, que quedó arbitraria, privándose solamente á los magistrados el aplicar

la pena de muerte, ó de cortamiento de mano, *novela* 134. *cap. últ.*, y quedando por derecho la nota de infamia á los reos de este delito, *ley* 63. *Dig. de Furt.* La obligacion de restituir lo hurtado, y pagar los daños ocasionados, es general en todo hurto, *ley* 27. *Dig. de Furt.*

*Distincion entre hurto y latrocinio.*

14 Antes de entrar en mayor explicacion de las penas del hurto he de advertir una distincion, que se hace comunmente, aunque en algun modo pertenezca á las circunstancias agravantes por razon del modo, ó de la persona, de que se hablará despues: pero, como casi nunca los autores, ni las leyes hablen del hurto, ó de la pena, que le corresponde, sin hacer esta distincion ó separacion, es preciso tambien anticiparla aquí. Se distinguen en las leyes romanas los *fures* y los *latrones*, reos de hurto y reos de latrocinio. Los primeros son los que hurtan ocultamente y sin armas, distinguiéndose de los que hurtan con violencia, ó en caminos públicos, ó en el mar: á los últimos todos los autores los suponen sujetos aun á mayores penas. En el estilo y modo corriente de hablar se hace la misma distincion en nuestra lengua, distinguiéndose el hurtar y el hurto del robar y del robo, y usándose regularmente de esta expresion, quando el hurto se hace con fuerza ó violencia.

*Los reos de latrocinio se tienen por ladrones famosos: su pena.*

15 Los reos de latrocinio suelen llamarse ladrones famosos. Estos por la *ley* 28. §. 15. *Dig. de Poen.* tienen pena de horca: y, aunque parece, que esta ley solo debiera entenderse de los reos de latrocinio, por general costumbre se entiende tambien de los reos famosos de hurto.

*Los reos de tres hurtos se tienen por la-*

16 Entre estos se cuentan en todas partes los que han cometido tres ó mas hurtos á causa de la reincidencia. Así se puede ver en Cortiada *dec.* 106.

*num.* 15. *hasta el* 19. En el Diccionario de la lengua castellana impreso en 1783 se lee tambien: *famoso ladron el que tiene costumbre de hurtar, haciendo robos grandes y señalados: y se llama así qualquiera, á quien se hayan probado tres hurtos.*

*drones famosos.*

17 En el *cap.* 27. *num.* 6. *tomo* 1. *de decisiones* de Peguera se dice, que se tiene por reo famoso de hurto el que ha hecho hurto enorme aunque sea único. Por derecho en la *ley* 2. §. *ult.* y la 3. *Dig. de Excusat. tutor.* junto con el §. 5. *Inst. de Excusat. tutor.* el cargo de tres tutelas se da por excusa legítima al que las sirva, para exônerarse de la quarta tutela, con que se le pretendiere gravar: no obstante esto el jurisconsulto en la *ley* 31. §. *ult. Dig.* del mismo título dice, que si una sola tutela es de tanta extension y de tantos negocios, que valga por muchas, puede admitirse la excusa de una sola. De la equivalencia de una á tres tutelas infiere Peguera en el *capítulo* citado *num.* 6. y otros criminalistas la equivalencia de un hurto enorme á tres pequeños ó regulares.

*Lo mismo se dice de los que cometen hurto enorme.*

18 En Cataluña *ibid. num.* 7. dice, que se tiene por hurto enorme el de cien libras: estas deben ser de plata, como se verá luego.

*Quál es enorme en Cataluña.*

19 En Castilla no parece, que esté recibida la opinion de aplicar pena de muerte en caso de hurto enorme, segun parece de lo que dice Pradilla *Suma de ley. pen. part.* 1. *cap.* 28. *num.* 5. citando á otros autores castellanos, y á Gomez entre otros en el *tomo* 3. *cap.* 5. *num.* 7., que en realidad lo dice. Cita tambien Pradilla en confirmacion de lo mismo la *ley* 9. *tit.* 11. *lib.* 8. *Rec.*, segun la qual tiene el ladron pena de vergüenza pública y seis años de galeras. En esta ley no se distingue ciertamente de hurtos á hurtos.

*En Castilla no parece admitido lo dicho en quanto á hurto enorme.*

*Pena en quanto á militares.*

20 De la cantidad ó valor de la cosa hurtada en los militares para la distincion de sus penas se hablará al tratar de la circunstancia respectiva.

*El salteador de caminos se tiene por ladron famoso.*

21 Tambien por la *ley* 28. §. 10. *Dig. de Poen.* y otras se tiene por ladron famoso el salteador de caminos, que en las leyes romanas y en el lenguage de los autores, que tratan de esta materia, se llaman *grassatores*: y son los que para hurtar ó robar acostumbran insultar y embestir á los viageros con armas en los caminos publicos. De Peguera en el *cap.* 40. consta, que por dicha ley para ser el reo salteador de caminos, que por esto solo tiene en ella pena de muerte, debe haber insultado algunas ó muchas veces, y que el que solo ha embestido con armas una vez para robar no se llama salteador de caminos. Así lo diéron por sentado, como consta de dicho lugar, diez doctores de mucha autoridad de la Real Audiencia de Cataluña, consultores del Juez de Competencias en 1561, habiéndose en conseqüencia declarado, que gozaba de inmunidad un reo, que solo podia perderla como famoso ladron. En la ley citada en realidad es expresa y literal la circunstancia de la repeticion de actos para incurrir en el crímen de salteamiento.

*Conclusion de lo dicho en quanto á ladrones famosos.*

22 De lo dicho parece, que los que hurtan con violencia, los que tienen costumbre de hurtar, los que cometen un solo hurto enorme, y los que acostumbran embestir con armas en los caminos públicos para hurtar ó robar, son ladrones famosos.

*Pena del hurto por derecho romano y de Castilla.*

23 Entro á hablar de las penas. Vinio en los *comentarios* al §. 5. *Inst. de Oblig. quae ex delic. nasc. num.* 3. dice, que en el dia la primera vez se suelen castigar los ladrones con azotes, la segunda

mas gravemente y con marca, y la tercera con pena de muerte. En quanto á derecho de Castilla por las *leyes* 7. *y* 9. *tit.* 11. *lib.* 8. *Rec.* la pena es la de vergüenza y galera por seis años la primera vez, aunque no tengan la edad de veinte años los reos, con tal que lleguen á los diez y siete, y por la segunda cien azotes, y destino perpetuo á galeras, debiendo comprehender estas penas á los encubridores y receptadores y partícipes en los hurtos. Pradilla *Suma de ley. pen. part.* 1. *cap.* 28. dice, que por el tercer hurto, aunque este caso no está prevenido por derecho, se da al reo por general costumbre pena de muerte, como á ladron famoso: cita á varios autores, y entre estos á Gomez *Variar. tomo* 3. *cap.* 5. *num.* 6., que en realidad lo dice.

*De lo mismo en quanto á salteadores y piratas.*

24 El mismo Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 37. dice, que los que á propósito estan en los caminos públicos para robar, que se llaman salteadores, ó los que para el mismo fin estan en el mar, que se dicen corsarios, á quienes llama el derecho ladrones famosos, porque el hurto se comete de ordinario con muerte de los ofendidos, ó se da causa con él para muertes, tienen pena de muerte, y se ahorcan en los mismos navíos y caminos: cita para esto la *ley* 28. §. 15. *Dig. de Poen.*, la *ley* 18. *titul.* 14. *part.* 7. y su glosa y la 6. *tit.* 23. *lib.* 8. *Rec.* Por la *ley* 1. *tit.* 12. *lib.* 8. *Rec.* tienen tambien la pena de seis mil maravedis.

*Pena del hurto por derecho de Cataluña.*

25 De Cataluña dice Calderó *decis.* 67. *n.* 11. *y* 29., que para aplicar la pena de muerte en caso de hurto debe éste llegar á cien libras de moneda de plata; que si son muchos los ladrones basta que la suma llegue á las cien libras respecto de todos, aunque no quepa tanta cantidad respecto de

cada uno *num.* 14. *ibid.* y que así se observa uno y otro. En el *tit.* 14. de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *num.* 32. se dice, que el reo de hurto la primera vez se castiga arbitrariamente en esta provincia; que quando el hurto simple excede el valor de veinte libras se aplica la pena de deportacion temporal, citando á Cortiada *decis.* 106. *numer.* 51.; que si el valor de la alhaja hurtada excede la cantidad de veinte y cinco libras, y no llega á ciento, tiene el reo la pena extraordinaria de azotes, marca y galera al remo por diez años: y refiriéndose tambien á la *decision* 106. *num.* 52. *y* 54. *hasta el* 67. de Cortiada dice, que el hurto graduado por enorme, ó grande para el efecto de aplicar pena de muerte al delinqüente, es el que asciende al valor de cien libras de plata, y que se aplica dicha pena en Cataluña. Con relacion á la *decision* 106. *num.* 58. *hasta el* 61. del mismo Cortiada se dice *ibid.*, que segun las circunstancias agravantes se desoreja al reo. Esto último ni en ésta, ni en otras provincias está ya en uso. De Cortiada en la *decis.* 106. *num.* 51. *y* 52. consta, que quanto mas se acerca á las cien libras el hurto tanto mas se agrava la pena, ó los años de galeras, que suelen aplicarse en lugar de destierro, quando el hurto excede la cantidad de veinte y cinco libras: trae muchos exemplares de la aplicacion de esta pena. En el *tit.* 14. de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt con referencia á la *decision* 106. de Cortiada *num.* 68. *y* 69. consta, que por el segundo hurto en esta provincia, aunque no sea qualificado, y no haya sido el reo castigado por el primero, se impone la pena de azotes, marca y galera: consta tambien con relacion al *num.* 71. 72. *y* 74. y á la costumbre general de todas partes, que por el tercer

hurto, aunque no hubiesen sido castigados los anteriores, se aplica en esta provincia la pena de horca, con la sola excepcion de quando han sido los tres hurtos de pequeña cantidad. Es particular de Cataluña, como parece de Cortiada *decis.* 107. *num.* 37. *y* 38., que el ladron, que una sola vez ha robado en camino público, tiene ya pena de horca, y se reputa como ladron público ó famoso, que ha hurtado diferentes veces. Del *num.* 39. *ibid.* consta, que quando con el hurto está complicado el crímen de homicidio se castiga el reo á ser azotado, desorejado, atormentado *in capita* de los cómplices y receptadores, atenaceado, degollado, y desquartizado: la pena de desorejar, como queda dicho, y de atenacear hace muchos tiempos, que no está en uso *ibid.* Del mismo *num.* 39. parece, que quando hay en dicho caso la circunstancia agravante de homicidio de clérigo, ó de hurto sacrílego, ó de ser capataz de ladrones el reo, se añade el cortamiento de la mano derecha. En nuestra *const.* 3. *de Furs y latroc.* se dispone, que qualquiera ladron, que deba ser condenado á azotes, se haya de marcar con las armas de la poblacion de que es, para que pueda ser conocido, y agravada la pena en caso de reincidencia. Del *cap.* 23. de Peguera consta, que se suelen condenar los ladrones á las penas correspondientes y á la restitucion de las cosas hurtadas liquidacion reservada.

*Pena del hurto en la Corte, y duda sobre si se ha extendido á todo el reyno.*

26 Por pragmática de 23 de febrero de 1734, que es el *auto* 19. *tit.* 11. *lib.* 8. *Aut. Acord.*, qualquiera, que en poca ó en mucha cantidad, y de qualquier modo hurtare en la corte, ó en las cinco leguas de su rastro, teniendo diez y siete años ha de sufrir pena capital sin arbitrio de poderse con-

mutar: no teniendo diez y siete años, y excediendo de los quince, tiene el reo la pena de doscientos azotes y diez años de galeras sin poder salir sin expreso consentimiento de S. M. aplicándose á los nobles la pena de garrote. Todas las personas, que dieren auxîlio cooperativo como cómplices, tienen la misma pena de muerte, y los receptadores doscientos azotes y diez años de galeras, *ibid.* El Sr. Lardizabal en el *cap.* 2. *num.* 15. de su *Discurso sobre penas* dice, que lo dispuesto en el expresado auto se mandó practicar en todo el reyno y Corona de Aragon por decreto de 13 de abril de 1764, comprehendiéndose los hurtos domésticos, y extendiéndose la cantidad de dicha pragmática á cincuenta pesos. No he visto tal decreto, ni en Cataluña he oido hablar de él, informándome un sugeto muy versado en estas cosas, que no se ha comunicado jamas.

*Pena del hurto por ordenanzas militares.*

27 En quanto á militares por el *art.* 72. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* el que robare tiene seis carreras de baquetas y seis años de arsenales: y por el *artic.* 88. *ibid.* los que cometieren qualquier especie de hurto con muerte han de ser ahorcados y desquartizados. Al hablar del hurto qualificado por razon del lugar se verá la explicacion y declaracion del referido artículo en quanto á la cantidad, que debe haberse hurtado, para que tenga lugar la pena.

*Pena de los receptadores del hurto por derecho romano, de Castilla y de Cataluña.*

28 Pasando á hablar ahora de los que son causas morales Peguera en el *cap.* 25. parece, que de la *ley* 1. *Dig. de Recept.* saca, que los receptadores deben tener la misma pena, que los ladrones: y en realidad está esto expreso en ella: en las *leyes* 7. *y* 9. *tit.* 11. *lib.* 8. *Rec.* se aplica la misma pena. Pero del mismo Peguera en el *cap.* 36. *nu-*

*mer.* 5. y de Cortiada en la *decis.* 106. *num.* 98. consta, que solo se aplica en Cataluña la pena extraordinaria de ladrones á los receptadores. En la *decis.* 107. *num.* 47. del mismo Cortiada se dice, que la muger de mala vida, que anda con ladrones, metiéndose en cuevas, y usando de los vestidos robados, tiene pena de azotes y de cinco años de destierro. En la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. se dice, que el receptador de reo de hurto, ó de la cosa hurtada, ó de uno y otro, se suele castigar con azotes y destierro temporal ó perpetuo de esta provincia: lo mismo dice de los receptadores de reos de latrocinio y de sus encubridores, y que algunas veces tambien se les condena á pena de galera al remo. En Cortiada *decis.* 106. *num.* 96. hay varios exemplares de marca, azotes y galera en los receptadores de hurtos y robos, pero trae muchos *num.* 97. *y* 98. de azotes y galeras excusando la marca; y esta parece que era la práctica del tiempo de dicho autor.

*Pena del hurto atendidas las circunstancias extrínsecas.*

29 Entro á decir lo que corresponde de las circunstancias, aunque mucha parte de lo que pertenece á este lugar queda ya dicho, porque no podia facilmente separarse de los principios y doctrina, que debiamos sentar. La circunstancia de las personas, tanto de las que hurtan, como de las hurtadas, hace que se mitigue ó agrave la pena En quanto á los menores me remito á lo dicho en el *art.* 3. *sec.* 4. *cap.* 4.

*Pena de la muger y hijo que hurta al marido ó al padre.*

30 La muger por la union en familia y todos los estrechos vínculos, con que está unida á su marido, compañera inseparable de él, se juzgaba por los romanos, que tenia una especie de condominio en los bienes de su marido: lo mismo y con mayor razon hemos de juzgar nosotros por la ele-

vacion del contrato á la dignidad de sacramento, que estrecha mas el nudo, y da mayores privilegios. Por consiguiente si la muger se apropia, aunque sea fraudulentamente alguna cosa de su marido, no deben considerar las leyes este delito como hurto, sino como delito de cosas removidas, ó tomadas, ó como se dice en derecho romano, *rerum amotarum*, *ley* 1. *Dig. de Act. rer. amot.*, *ley* 5. *tit.* 2. *part.* 3., *ley* 4. *tit.* 14. *part.* 7.: lo propio debe decirse del hijo en órden á su padre, ya porque se reputa igualmente dueño de los bienes de él, de modo, que despues de su muerte no tanto se entiende, que los adquiere de nuevo, como que continúa el dominio, con doctrina, que tiene mucha trascendencia en nuestra facultad, ya tambien, porque se tienen el padre y el hijo para los efectos del derecho civil por una misma persona, que es la razon, que da el jurisconsulto en la *ley* 16. *Dig. de Furt.* para no admitir hurto ni accion de hurto en este caso. Concuerda con esta ley la 4. citada *tit.* 14. *part.* 7. No pareció decente, que pudiesen semejantes personas usar de acciones y nombres, que causasen infamia.

31 La pena de este delito ha de ser arbitraria, y casi nunca, á excepcion de verificarse alguna especie de dolo muy qualificado, parece que pueda tratarse de él criminalmente, sino en juicio y con accion civil para recobrar lo que corresponda con todos los frutos, enmienda de daños y perjuicios, que tengan lugar, por la accion civil *rerum amotarum*, de que tratan los autores en los comentarios al citado título.

*Pena de los reincidentes en hurto.*

32 Digamos algo ahora de los hurtos, en que la qualidad de la persona es circunstancia agravante. De los reincidentes ya se ha hablado arri-

ba, y me remito á lo dicho de segundo y tercero hurto en los *num. 16. y siguientes.*

33 En esta clase de hurtos de circunstancia agravante por razon de la persona, que los comete, debe hacerse mencion de lo que con fecha de 12 de mayo de 1786 comunicó al exército el Sr. D. Pedro de Lerena con referencia á una carta de 6 del mismo mes del Sr. D. Antonio de Valdés sobre un robo, hecho por un centinela en un arsenal del Ferról, con motivo de no estar declarado en ordenanzas el castigo correspondiente en dicho caso. El Consejo de Guerra hizo presente al Rey, que siendo el centinela una persona, en quien se depositaba la confianza y el resguardo de todos y de todo, consideraba el robo cometido por un centinela por mas que alevoso; que debia armarse todo el rigor de la justicia contra él; que era de dictámen, que se impusiese la pena de muerte para el centinela de marina ó del exército, que robare alguna cosa de qualquiera valor que fuese, al modo, que para el salvaguardia está determinado sin distincion ninguna. S. M. se conformó con dicho dictámen, y mandó publicar la pena.

*Pena del hurto cometido por un centinela.*

34 Al criado, que hurta á su amo, se le suele tambien aumentar la pena. Calderó *decis.* 68. *n.* 10. lo certifica en quanto á Cataluña.

*Pena del criado que hurta á su amo.*

35 Las personas mas dignas de severo castigo en el hurto son los comerciantes, que se alzan ó retiran por falta de caudales, con que satisfacer á sus acreedores, valiéndose de la buena fe, que es el alma del comercio, para disipar, esconder y hurtar las cosas, que ó se les venden, ó permutan ó encargan. Quanto mas debe ser exûberante la buena fe en los negocios tanto mas se escarmienta á los que faltan á ella: por esto segun

*Pena de los alzados por derecho general y romano.*

las leyes romanas, generalmente recibidas, son tenidos por infames los que se condenan en juicio de tutela, depósito, compañía y mandato, *ley* 1. *Dig. de His qui not. infam.* Es una maldad enorme, querer ganar el comerciante con el sudor ageno, con los bienes y substancia de los otros, engañándolos con la seguridad del pago á su tiempo, y disipando los patrimonios agenos. Los que esto hacen son ladrones y ladrones qualificados, tratándolos como tales todas las leyes. No solo hay en este crímen la fealdad de engañar el delinqüente con pretexto de negocios, sino que nunca puede ser cosa de poca monta lo que se defrauda, y tanto mas si se consideran las funestas conseqüencias, causando la quiebra de un comerciante la de otros muchos, porque el comercio es una cadena, en que los unos dependen de los otros: y faltando alguno al pago los que dependen de él precisamente han de hacer lo mismo. Todas las naciones han reconocido la gravedad de este delito, y han puesto severísimas penas: y acaso esto mismo ha ocasionado la impunidad, por lo que dixe en la *sec.* 3. del *cap.* 4.

36 La bancarrota, que se hace por contratiempo ó reves de fortuna, es claro que no se comprehende en este delito, y que los que caen en esta desgracia, tienen el beneficio de la cesion de bienes, con el qual, quedando salvo su honor y fama segun la *ley ult. Cod. de Ces. bon.* evitan la molestia de la cárcel y acreedores, *ley* 1. *Cod. Eod.*, *ley* 4. §. 1. *Dig. Eod.* Tienen tambien en este caso los que quiebran el beneficio, que suele llamarse por los juristas *competentiae* ó *ne egeat*, no obligándose á los fallidos á pagar de lo que de nuevo adquieren toda la deuda, sino lo que pueden, de

xándoseles lo que necesiten para su decente manutencion, *ley 4. prin.*, *ley 6. Dig. de Ces. bon.*, *§. ult. Inst. de Action.* La desgracia de la quiebra de un corresponsal, de un naufragio, incendio de almacen, ó semejantes sucesos lastimosos, que ponen á los negociantes en un estado de imposibilidad de poder pagar y cumplir con sus acreedores, mas es digna de compasion, que de castigo. Quando alguno pretende haber quebrado por reves de fortuna ha de probarlo, porque de otro modo la presuncion está siempre contra los que quiebran: contestan en esto todos los autores.

37 En el *lib.* 2. del *Comer. terr. cap.* 11. de la *Curia Filípica* se trata largamente de los fallidos, que no lo son por contratiempo, diciéndose en el *num.* 30. que al que lo fuere se le ha de hacer luego inventario de lo que tiene. Antiguamente por las *leyes 6. y 7. tit. 16. lib. 5. Rec.* debia ser condenado el que hacia cesion de bienes á servir al deudor trayendo siempre una argolla de hierro al cuello. En la *ley 1. tit. 19. lib. 5. Rec.* se manda otra pena, disponiéndose que los cambiadores y mercaderes, que reciben moneda y mercaderías en guarda y confianza, si se huyeren, y alzaren con los caudales agenos, sean tenidos por públicos robadores, y que tienen las mismas penas los receptadores y encubridores. *por derecho de Castilla.*

38 En nuestra *const. 7. de Abatúts* tambien se manda tener á los fallidos por ladrones públicos y llamados por bando, sin admitírseles la cesion. En la *const. 3. ib.* se dice, que los cambiadores fallidos deben ser pregonados públicamente por infames y fallidos en los lugares, en que han hecho bancarrota, y que se les han de vender sus bienes por la justicia. En la *const. 4. ibid.* se manda, que qualquie- *por derecho de Cataluña.*

ra, que tenga por comision mercaderías de otro ó recibidas para su oficio, si quiebra, huye, se ausenta, ó esconde, sea castigado con la misma pena establecida contra los cambiadores fallidos, con tal que la cantidad ó el valor de las cosas encargadas ó vendidas llegue á la suma de cien libras de moneda catalana, y que lo mismo se observe en los corredores y pellejeros, aunque el valor no llegue á tanto. Á todos estos parece que comprehende el rigor de la *const.* 7. en quanto á tenerse por ladrones públicos y procederse contra sus personas y bienes pronta y rigurosamente. Algunos negociantes no huian, ni se escondian, sino que se mantenian públicamente con sus libros y bienes dexando de pagar. Se estableció para evitar esto, que aunque no se escondan, con solo dexar de pagar por seis meses á sus acreedores se tengan por fallidos, *const. ult. ibid.* Cortiada en la *dec.* 70. *num.* 51. al fin trae el modo, con que se suele proceder en Cataluña contra los fallidos. Cancér tiene tambien un capítulo sobre esta materia.

*Del plagio, y su pena.*

39 Quando se intenta robar á un hombre para venderle ó tratarle como esclavo es qualificado el delito, y tiene el nombre de plagio, de que se tratará despues al hablar de la circunstancia de la qualidad de la cosa, que agrava el hurto, adonde parece, que coresponde mas que aquí, aunque en algun modo no sea tampoco ageno de este lugar por circunstancia de persona.

*Del hurto sacrílego, y de su pena por derecho romano, de Castilla y de Cataluña.*

40 Paso á decir lo que corresponde á las circunstancias agravantes por razon del lugar. Por la *ley* 6. *Dig. Ad leg. iul. pecul.*, con la qual en algun modo concuerda la *ley* 12. *tit.* 18. *part.* 1., los que hurtan alhajas del templo, aunque sea cosa módica, tienen pena de minas y deportacion si fueren

de honrado nacimiento: con lo mismo parece, que si se trata de cosa grave corresponde pena capital. En el *tit.* 14. de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *num.* 32. y en Cortiada *decis.* 112. *num.* 74. *hasta el* 84. consta, que el hurto sacrílego en Cataluña, si es de cosa grave, tiene la pena de muerte, mas aflictiva ó con cortamiento de mano segun las circunstancias; que si es de cosa módica es arbitraria, bien que segun las circunstancias puede tambien aplicarse hasta la de muerte, como quando se roba el copon del Santísimo Sacramento de la Eucharistía, y que por lo comun se condena el reo á azotes y galera, *ibid.*: y de Cortiada *decis.* 112. *num.* 121. consta, que si el sacrilegio es por haberse robado cosa sagrada y no de lugar sagrado se castiga el reo mas severamente, que en el simple hurto, y con ménos severidad, que quando el sacrilegio recae en lugar sagrado: pues en este caso es quando mas propiamente se comete el sacrilegio. Lo mismo, que se ha dicho de Cortiada, parece de Peguera en el *cap.* 24. En la misma *decision num.* 67. *hasta el fin* trata Cortiada de quando debe entenderse, que hay materia grave ó leve y módica.

41 De los hurtos sacrílegos de los militares ya se hablado arriba al tratar de sacrilegio. Debe sobre esta circunstancia tenerse presente lo dicho *sec.* 1. *art.* 5.

*por ordenanzas militares.*

42 En los *artículos* 70. 71. *y* 72. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se prescribia la pena de hurto en los militares con distincion circunstanciada de los lugares, en que se cometiese, y variacion de penas, pero sin diferencia de hurto leve ó grave, ó sin expresarse el valor, que debia tener la alhaja hurtada para la aplicacion de penas: de esto se ori-

*Declaracion de dudas relativas al hurto en los militares.*

gináron algunas dudas. El Sr. Conde de Ricla con carta circular de 31 de agosto de 1772 participó al exército, haber moderado S. M. dichos artículos, substituyendo otros en su lugar. Por el 1. de estos el soldado, que robare dentro de quartel, casa de oficial, dependiente del exército, ó la del paysano, en que esté alojado, el valor de doscientos reales de vellon arriba ha de sufrir la pena de horca: por el 3. el que en dichos lugares robare el valor de cincuenta hasta doscientos reales de vellon tiene la pena de diez años de presidio ú obras públicas en Europa ó América, ó en donde convenga mas á S. M. y seis carreras de baquetas por doscientos hombres: por el 4. el que robare en dichos lugares de diez á cincuenta reales de vellon tiene diez años de presidio ú obras públicas en Europa ó América: por el 5. el que robare de uno hasta diez reales debe cumplir el tiempo de su empeño en presidio ú obras públicas. El mismo Sr. Conde en 3 de febrero de 1774 comunicó al exército, haber mandado S. M., que en la pena últimamente dicha por la fealdad del delito debe quedar comprehendido qualquiera, que cometa robo, aunque su valor no llegue á un real de vellon, exceptuada sin embargo en este caso la fruta comestible, precediendo la tasacion por perítos juramentados. En el *art.* 6. de los que se comunicáron con la citada carta de 1772 se trata del que roba en campaña: pero, como no solo habla del lugar de campaña, sino tambien del tiempo, se tratará de esto en la circunstancia del tiempo. En el *art.* 7. se manda, que el que estando en salvaguardia robare desde uno hasta cincuenta reales sufra la misma pena que el que robare en tienda de campaña. Por el *art.* 8. el que robare en cam-

paña á vivandero ó comerciante, que trafique en el exército, debe sufrir desde uno hasta doscientos reales las penas impuestas al ladron de tienda.

*Del hurto en la corte.*

43 Del hurto cometido en la corte ya se ha hablado en el *num.* 26.

*Del hurto en despoblado y su pena.*

44 Por la *ley* 3. *tit.* 13. *lib.* 8. *Rec.* se aplican varias penas con diferentes distinciones segun la cantidad ó valor de la cosa hurtada en yermo ó despoblado, imponiéndose pena de muerte, y de muerte de saeta á los que hubieren robado en dicho lugar cinco mil maravedis.

*Del hurto en camino público, en el mar y su pena.*

45 Los robos hechos en caminos públicos ya hemos visto *num.* 24., que eran qualificados: y en general, quanto mas privilegiados y dignos de proteccion son los lugares, tanto mayor debe considerarse el delito. Semejantes y peores aun que los salteadores de caminos son por razon del lugar los piratas, á los quales en todas partes se les castiga con pena de muerte, como á ladrones públicos. Así lo dice Pradilla *Suma de ley. pen. part.* 1. *cap.* 37. *num.* 1. En quanto á Cataluña dice Cortiada *decis.* 167. *num.* 51., que la pena de horca de los ladrones de caminos públicos se extiende á los piratas. En el *art.* 109. de la ordenanza de 1 de febrero de 1751 se dice, que los piratas, como enemigos del género humano y del comercio, deben ser castigados con el último suplicio.

*Del hurto del trigo del campo y de tala de árboles.*

46 Por la misma proteccion, que deben las leyes á los lugares, en que la malicia de los delinqüentes pueda dañar al próxîmo, se tiene tambien comunmente por delito qualificado el hurtar el trigo del campo ó de las eras. El cortar tambien árboles para hurtarlos debe considerarse delito qualificado, y puede esto inferirse de las leyes del título del Digesto *Arbor. furtim caesarum*, como

que por cortarlos, aun quando no se hace con ánimo de hurtar, mandan las leyes, que se castigue el reo como ladron, con el dos tanto, y con pena corporal arbitraria, *ley* 2., *ley* 7. §. 7. *Dig. Arbor. furt. caes.*, *ley* 28. *tit.* 15. *part.* 7.

*Del abigeato, y en qué consiste este hurto.*

47 Por razon del lugar se hace alguna vez grave la apropiacion fraudulenta, y no se llama hurto, sino abigeato: y aunque los jurisconsultos distingan este delito del hurto, como se verá, no es el abigeato otra cosa, que un hurto qualificado: y quando el jurisconsulto en la *ley* 1. §. 1. *Dig. de Abigeis*, con la qual concuerda la 19. *titul.* 14. *part.* 7., dice, que el que se hubiere llevado un buey separado de la manada ó caballos, que se hubieren dexado solos, es abigeo y no ladron, debe entenderse, que no es ladron simple, ó reo de hurto simple, sino de qualificado, que se llama abigeato en la *ley* 2. *Dig. de Abigeis*, expresándose en esta misma, y en la 19. *tit.* 14. *part.* 7., que este delito es hurto en realidad. Segun la *ley* 1. §. 1., la 3. *in princ. Dig. ibid.* y la 19. *tit.* 14. *parte* 7. abigeos son los que ahuyentan ó desvian con arte y maña algunas bestias de las dehesas, ó de qualquiera especie de pastos, ó de la manada ó rebaño, bosques ó de despoblado, quedándose con ellas como propias: y aun dice el jurisconsulto en la *ley* 1. §. 1., que para incurrir en este crímen los reos deben tener costumbre de hurtar en el modo explicado: *abigendi studium quasi artem exercent.*

48 Algunas veces el solo número de reses ó bestias hurtadas constituye el abigeato: segun la *ley* 3. *Dig. de Abigeis* y la citada 19. *tit.* 14. *part.* 7. los que hurtan diez ovejas, los que hurtan quatro ó cinco cerdos, ó un solo buey ó un caballo de los lugares referidos, son abigeos.

49 Por la *ley* 3. §. 2. *Dig. de Abigeis* y la 19. *tit.* 14. *part.* 7. el reincidente en hurtar bestias de ganado, aunque no hubiere hurtado de una vez mas que una ó dos reses menores, es abigeo. Todo esto parece muy conforme con lo que se ha dicho del ladron reincidente y del hurto enorme.

*Pena del abigeato por derecho romano.*

50 Este crímen ha de castigarse mas severamente, que el hurto simple, como se ve en la *ley* 2. *Dig. de Abigeis* y en la 16. §. 7. *Dig. de Poen.*: y lo prueba la reflexîon de que este es hurto, no como quiera, sino qualificado con circunstancias muy agravantes, necesitándose para incurrir en él todo lo que se ha dicho del oficio ó de la costumbre, ó del número y del lugar, al qual creeré que se tuviese la principal atencion, como que, quando se corre mas peligro en las cosas, tanto mas justo es, que esten baxo la proteccion de las leyes, verificándose dicho riesgo en las dehesas y despoblados.

51 Es claro lo que dice la *ley* 1. *Dig. de Abig.*, que en donde hay mas abuso de este delito debe castigarse mas severamente: y algunos juzgan, que en tiempo de Adriano le habia en Andalucía, á cuyo convento jurídico ó audiencia se dirigió el rescripto, en que se funda la *ley* 1., que acabo de citar.

52 En esta misma se dice, que los abigeos, quando se les castiga con mas rigor, es con pena de muerte: *abigei quum durissime puniuntur ad gladium damnari solent.* En el §. 3. *ibid.* se dice, que se echan á las bestias los reos de este delito, si se hubiere cometido con armas. En los otros casos consta allí mismo, que se condenan á minas ú obras públicas siendo los reos de baxa esfera, y con deposicion de empleo ó dignidad y destierro las personas de qualidad.

*por derecho de Castilla.* 53 En la *ley* 19. *tit.* 14. *part.* 7., llegando el hurto á ser propiamente abigeato, se impone pena de muerte, y menor arbitraria por regla de hurto, no habiendo costumbre, ni número competente de bestias hurtadas, para que se llame el ladron abigeo.

*Sobre si es abigeo el que hurta bestias de la quadra.* 54 En la *ley* 3. §. 1. *ibid.* se dice, que el que hurta alguna bestia domada ya de la quadra, ó de otra parte, debe castigarse *plenius*, que el que la hurtó del bosque ó del rebaño. Cuyacio *Observ.* VI. 8. y otros dicen, que se le ha de mitigar la pena, y que en lugar de *plenius* ha de leerse *lenius*, fundándolo bien, aunque lo contradice Heineccio, en los comentarios á este título: pero para mí es cierto, sea como fuere de como debe leerse dicha ley, que el abigeato siempre ha de considerarse mas grave, y digno de mas castigo, que el hurto.

*Pena del abigeato por costumbre general.* 55 Perez en el código al título de *Abigeis num. ult.* dice, que por costumbre se suele condenar á horca á los abigeos, citando á Peguera en la *decis.* 20.: pero no dudo, que esto ha de entenderse con las modificaciones ántes puestas de las leyes romanas, con las quales concuerdan las de Partida, y que lo que dice Perez será en los casos, en que por la general costumbre la reincidencia, ó el valor de la cosa hurtada exîge la pena de muerte, segun lo dicho arriba, verificándose muchas veces, ó casi siempre en el abigeato la cantidad ó reincidencia, que en el hurto se castiga con pena capital.

*De los receptadores de los abigeos y su pena.* 56 Los receptadores de abigeos por la *ley* 3. §. *ult. Dig. de Abig.* se castigaban con la pena de diez años de destierro de Italia. Concuerda con esta disposicion la *ley* 19. *tit.* 14. *part.* 7.

*De hurto de* 57 En el *cap.* 3. de la real cédula de 5 de fe-

brero de 1728 se dice, que los que hurtan sal y yeguas de las reales fábricas, almacenes y alfolíes, y acaso con quebrantamiento de puertas, y los que dieren para ello favor y ayuda, incurren en la pena de dos mil ducados, mas ó ménos, segun los hechos, personas y patrimonio, aplicándose á la renta, juez y denunciador, y ocho años de presidio en Africa si son nobles: á los que no lo son, se manda castigar con ocho años de galera, y con doscientos azotes, aumentándose en caso de reincidencia conforme á las leyes del reyno.

*sal y yeguas de las reales fábricas, &c.*

58 El hurto, que se hace en lugares de concurrencia pública, como espectáculos, fiestas y otros semejantes, parece que ha de tenerse en alguna parte como qualificado por la *ley* 1. *y siguientes Dig. de Furt. baln.*: es natural la razon de necesitarse mas en dichas ocasiones y lugares de la proteccion, por lo que estan descuidados y distraidos los hombres, y por lo que conviene, que puedan esparcirse sin peligro, ni pérdida de sus bienes.

*Del hurto en lugares de concurrencia pública.*

59 El hurto se puede agravar por razon del tiempo, en que se comete: es claro, que quanto mayor deba ser la seguridad tanto mas debe castigarse el que la turba; y que por razon del tiempo puede el hurto tener peores conseqüencias del susto y consternacion, que se causa, de la falta, que puede hacer á su dueño ó al público la alhaja hurtada, del mal exemplo, que puede darse, y de la dificultad de poderse defender y precaver los robados. Las leyes distinguen el ladron y quebrantador de puertas y edificios nocturno del diurno, *ley* 1. *y* 2. *Dig. de Furt. baln.*, *ley* 2. *Dig. de Effractor.*: y las de las doce tablas dexaban im-

*Del hurto agravado por razon del tiempo.*

pune el homicidio del ladron nocturno, y el del diurno únicamente, quando se defendiese con armas el ladron: *nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderit.* Por la *ley* 1. §. 1. *Dig. de Incend. rui. naufr.* y por todas las demas del mismo título se puede colegir, que en dichos casos de incendio, ruina y naufragio es mas grave el hurto, que en otros tiempos: hurtar entónces es añadir afliccion al afligido; tratar inhumanamente al próximo en el tiempo, en que la misma naturaleza parece, que nos impone obligacion, no solo de no hacerle daño, sino aun de socorrerle en lo que dependa de nosotros; abusar indignamente de la ocasion, que presenta un desgraciado suceso, para robar las cosas de nuestros próximos, que nunca estan mas expuestas al peligro de perderse, que en semejantes lances, y nunca deben ser mas protegidas por las leyes, que quando sus dueños no pueden velar, ni cuidar por sí.

60 Por el *art.* 6. de los que se comunicáron al exército por el Sr. Conde de Ricla con circular de 31 de agosto de 1772 al que robare de uno hasta cincuenta reales de vellon en tiempo de campaña se le impone la pena de cumplir el tiempo del empeño en obras públicas ó presidio con dos carreras de baquetas por doscientos hombres, y al que robare desde cincuenta hasta doscientos reales en la misma circunstancia de tiempo de campaña, se le manda sufrir la pena de diez años de presidio ú obras públicas en Europa ó América, con ocho carreras de baquetas por doscientos hombres.

*Del hurto de cosa sagrada.*

61 Por la qualidad de la alhaja hurtada podemos considerar hurto qualificado con circunstancia agravante el de cosa sagrada, pasando en-

tónces el crímen á sacrilegio: sobre esto puede verse el *art.* 5. *sec.* 1.

*Del plagio, y en qué consiste este delito.*

62 Tambien ha de tenerse por qualificado por la misma razon el que se hace de hombres, y que en las leyes se llama plagio: éste puede recaer en hombres libres y en esclavos: en el primer caso no parece, que pueda reducirse á hurto el delito, por no verificarse, que la cosa hurtada sea agena, y porque el bien inestimable de la libertad hace, que no sea precio estimable el hombre pillado ó detenido. Pero, como el plagio, que se comete con esclavo, puede ser con toda propiedad hurto, y el que se apropia un hombre libre tiene el fin de la ganancia, y de aprovecharse de él para sus utilidades, dándole, alquilándole, vendiéndole y permutándole, en quanto se atiende á la intencion del delinqüente, y á los efectos es hurto: sea esto como fuere veamos ya qué cosa es plagio: y qualquiera, á quien no le parezca bien colocar aquí este delito, trasládesele á otra parte.

63 Plagio es maliciosa apropiacion de hombre encubriéndole, *ley* 5. *Dig. Ad leg. fab. de plag.*, *ley* 2. 5. 9. *y* 14. *Cod. Eod.*, ó dándole, vendiéndole y permutándole, *ley* 1. 2. *y* 4. *Dig. Ad leg. fab. de plag.*, *ley* 22. *tit.* 14. *part.* 7., ó induciendo á fuga los esclavos, *ley* 6. §. 2. *Dig. Eod.*

*Pena del plagio por derecho divino y romano.*

64 Por derecho divino en el *cap.* 24. *vers.* 7. del *Deuteronomio* y en el *cap.* 21. *vers.* 16. del *Exôdo*, cuyas palabras estan transcritas en el *cap.* 1. *de Furtis*, el que robase un hombre y le vendiese tenia pena de muerte. Por derecho civil es arbitraria, pudiendo llegarse hasta la de muerte, §. 10. *Inst. de Publ. iud.*, *ley ult. Dig. Ad leg. fab. de plag.* De esta misma consta, que la pena regular de los romanos era la de condenar los reos á las

minas. Vinio al §. 10. *Inst. de Publ. iud.* dice, que comunmente, quando se trata del caso de vender á hombre libre, se suelen dar azotes y relegacion, citando á Claro §. *ult. quaest.* 68. *núm.* 31. y á Perez en los comentarios al Código en el *título Ad leg. fab. de plag. num.* 6., á excepcion de algun caso de circunstancias agravantes, en que tambien se aplica pena de muerte.

*por derecho de Cataluña.* 65 Del *tit.* 14. de la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *num.* 32. y de Cortiada *decis.* 108. *núm.* 3. 4. *y* 7., explicándose allí el plagio conforme á lo dicho, consta que en Cataluña la pena del plagiario, que abusa de un hombre llevándosele cautivo y robándole el dinero, es azotes, cortamiento de orejas, muerte natural, restitucion de lo robado, y qüestion de tormento *in capita sociorum* y de los fautores y receptadores: quando no se roba dinero la pena es de galera perpetua, ú otra arbitraria hasta de muerte natural segun las circunstancias. En el *cap.* 11. del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 se dice, que el que cometiere plagio, llevándose consigo persona libre, y pagando ésta por su rescate, incurre en pena de azotes, de desorejársele, y de muerte natural: si la persona robada compareciere libre sin haber pagado rescate, se dice, que incurre el plagiario en pena de remo perpetuo de galera, y arbitraria, mayor ó menor hasta de muerte natural segun las circunstancias.

*Del hurto de armas y municiones.* 66 Por el *art.* 89. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* el que hurtare armas ó municiones de sus camaradas, ó extrayéndolas de almacen real, parque ó depósito, tiene pena de muerte.

*De la cantidad en el hurto.* 67 Lo dicho es relativo á la qualidad de la cosa hurtada: por lo que toca á la cantidad me

refiero á lo dicho arriba en los *números* 17. *y* 18.

68 En quanto al modo ya se ha visto, que se distingue el reo del hurto de él que lo es del latrocinio. Tambien hay circunstancia agravante en quanto al modo, en los que, forzando ó quebrantando puertas ó paredes, son reos de hurto qualificado, que se tiene por mucho mas atroz, que el simple hurto, *ley* 2. *Dig. de Effract.*: los que cometian este delito de noche se azotaban con varas por derecho civil, y se condenaban á minas, y los que le cometian de dia azotados del mismo modo se destinaban á obras públicas para siempre ó para tiempo determinado. De la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. y de Cortiada *decision* 106. *num.* 34. *y* 38. consta, que en Cataluña el ladron con fractura, aunque sea la primera vez, tiene á mas de azotes y marca pena de galera al remo por tres, cinco, siete ó diez años segun las circunstancias, y el que quebranta ó agujerea la pared pena de muerte, á no ser muy módico el hurto. Del mismo Amigánt *ibid.* y de Cortiada *decis.* 106. *num.* 40. consta, que en esta provincia se considera circunstancia agravante la de escalar el ladron la casa, y que suele tener pena de azotes, marca y remo de galera para cinco ó mas años, y que lo mismo se ha de decir del ladron nocturno. Peguera *tom.* 1. *de Decis. cap.* 26. dice, que el escalar una casa para hurtar es qualidad agravante para aumentar un poco la pena, que en otra forma corresponde por el delito cometido. En el *art.* 2. de los comunicados al exército con la carta arriba citada del Sr. Conde de Ricla de 12 de marzo de 1772 consta, haber mandado S. M., que el militar, que hiciere fractura de puerta, ventana, pared, techo, suelo, cofre, papelera, falseo de lla-

*Del hurto, que se comete quebrantando ó escalando, y su pena.*

ves, violencia, ó uso de armas, aunque no llegue á verificarse el robo, y verificado desde un real arriba, ha de ser ahorcado, y si resultare muerte desquartizado.

*Del hurto con particulares trampas y artificio.*

69 El introducirse en las casas para hurtar, ó el hurtar con artes y mañas prohibidas en bolsas ó sacos, trampeando, ó poniendo una cosa por otra, se tiene en las leyes romanas por razon del modo por hurto qualificado, *ley* 7. *Dig. de Extraord. crim.*, llamándose los primeros *directarios* y *saccularios* los segundos, como consta de la misma ley, y que se castigan con mas severidad estos reos, que los de simple hurto, aplicándoseles la pena de azotes, ó golpes con varas ó de trabajar en obras públicas ó destierro. Por las *leyes* 8., 9. *y* 12. *titul.* 16. *part.* 7. es arbitraria. Parece que en estos delitos se abusa de la confianza, y buena fe, con que han de portarse los hombres, que entran en las casas de otros, y respetar las cosas reservadas. Sea como fuere parece esto mas grave, que el delito de llevarse una cosa mal guardada por su dueño, en lo que puede consistir el simple hurto.

*Del hurto de los molineros, que mezclan tierra &c.*

70 Tambien pertenece á este lugar lo que se dice en la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. y en Cortiada *decis.* 106. *num.* 50., que á los molineros, que mezclan tierra en el pan y á otros semejantes delinqüentes se les agrava la pena, condenándoles segun las circunstancias al remo de galera.

*Del hurto de los alzados.*

71 Lo que arriba he dicho de los que hacen bancarrota puede parecer á alguno propio de este lugar: pero, por quedar ya explicado todo, solo debo referirme á lo dicho *num.* 55. *y siguientes.*

*Del conato en el hurto.*

72 Hasta aquí he hablado del hurto, suponiendo la consumacion del delito: quando solo hay

conato, y éste se manifiesta con acto exterior, en lá misma *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. y en la *decis.* 106. *num.* 83. *y* 84. de Cortiada se dice, que se castiga en Cataluña el delito con pena extraordinaria; que por lo comun se da la de destierro temporal, y que quando se llega á acto próxîmo, como abriendo la puerta con llave falsa, se aplica pena de azotes y remo de galera para determinado tiempo. La *ley* 21. *Dig. de Furtis* se suele citar en prueba, de que el conato solo del hurto, quando concurre el acto próxîmo, debe castigarse. Por el *aut.* 19. *titul.* 11. *lib.* 8. *Aut. Acord.*, arriba citado; que puede dudarse si es para toda España, los que, acometiendo para executar el hurto no logran el intento, ni la perfecta consumacion de él por algun accidente ó acaso, tienen la pena de doscientos azotes y de diez años de galera los plebeyos, y los nobles de diez años de presidio cerrado en Africa, sin poder salir unos ni otros sin consentimiento de S. M.

## § XIIII.

### *Del crímen de mesada heredad.*

1 Algunos delitos hay que perjudican al próxîmo en sus bienes sin ser hurto: y algunos de estos tienen tanta conexîon ó semejanza con él, que parecen serlo, y tratan de ellos los autores y las leyes en los mismos lugares, en que se habla del hurto. Uno de estos es el crímen, que se llama de mesada heredad. *Del crímen de mesada heredad.*

2 Con poca cordura reprehenden algunos varias ficciones de derecho romano, por no entender los principios, de que se originan, y como la *De la razon de dicho nombre.*

necesidad ha precisado en muchos negocios á hacerlas. De este género es la de que voy á hablar. Por derecho natural, de gentes y civil de los romanos, las cosas, que no tienen dueño ni poseedor, son del que primero las ocupa, *ley 3. Dig. de Acquir. rer. dom.* y en otras mil leyes está esto mismo. Si miramos lo que pasa en realidad despues que murió el hombre, aunque sea con testamento, y si se trata del tiempo, en que no está aun admitida la herencia, los bienes, que fueron del testador, no tienen dueño ni poseedor; pues no lo es el difunto, que ya no exîste, ni el heredero nombrado, porque no ha admitido aun la herencia: por consiguiente, siguiendo los principios de adquisicion, comunmente establecidos en todas partes, debieran dichos bienes ser del que primero se alzare con ellos. Por esto mismo no comete hurto el que en dicho caso se apropia fraudulentamente alguna cosa del difunto, porque no es agena: no es de otro: no hay persona, á quien se pueda entender, que se le quite lo que es propio: y de aquí deriva el jurisconsulto en la *ley ult. Dig. Expilat. heredit.*, que no se comete hurto en caso de herencia yacente. Pero, como por otra parte es conforme al derecho natural el hacer testamento, y una de las cosas mas sagradas, y que se han de mantener con mas firmeza despues de las leyes, es la última disposicion de los que mueren, fué preciso proveer de remedio, no solo para impedir, que las gentes se apoderasen, como á cada uno se le antojase de los bienes de los difuntos, sino tambien para sostener las adquisiciones, acrecentamientos y medras, que pueda hacer la herencia, ínterin que el heredero está deliberando sobre la admision, ó se le da aviso. Por esto inventáron los ju-

risconsultos la ficcion, de que luego que muere el testador hay la heredad yacente, la qual se tiene por dueña de dichos bienes, como se dice en la *ley* 61. *Dig. de Acquir. rer. dom.*, y representa la persona del difunto, *ley* 34. *Dig. Eod.*

3 Supuesta esta ficcion qualquiera, que en el referido caso se apropia alguna cosa del difunto, si no toma cosa agena ó propia de otra persona verdadera y real, circunstancia que parece tenerse por necesaria para el hurto, se lleva cosas, que son de la herencia yacente: y por esto se dice reo en derecho romano *expilatae hereditatis*: de él hay títulos en el Digesto y Código, y de él se conoce extraordinariamente, *ley* 1. *Dig. Expil. heredit.*, *ley* 21. *tit.* 14. *part.* 7., diciéndose en esta ley, que el cometer dicho delito es *mesar la heredad agena.*

*Analogía de este crímen con el hurto y su pena.*

4 Pero, como tiene el delito, de que voy á tratar, tanta analogía con el hurto, que solo dexa de serlo por la referida circunstancia, no pudiendo dudarse, que el que mesa la heredad, defrauda á los herederos legítimos ó testamentarios, sin poderse saber entónces, á quien se causa el daño, casi en todo se gradúa el crímen de mesada heredad, como hurto: así veo, que por la misma razon, que se excusaba el nombre y pena de hurto en la muger casada respecto á su marido, se excusa igualmente en la misma el nombre y pena de mesada heredad, *ley* 5. *Dig. Expil. hered.*: por lo mismo no puede dudarse, que á este delito, así como al hurto, le acompaña la infamia, y que además debe aplicarse pena extraordinaria en conformidad á lo dicho de la *ley* 1. *Dig. Expil. hered.*, y á la 21. *tit.* 14. *part.* 7., graduándose la gravedad y pena por la equivalencia del hurto.

5 En quanto á Cataluña en la *Compilatio Prac-*

*ticalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. se dice, que el que comete crímen de mesada heredad se suele castigar con destierro y restitucion de frutos, ó con azotes, marca y galera segun las circunstancias.

## §. XV.

### *De la usura.*

*Analogía de la usura con el hurto: solo tiene lugar la usura en el préstamo.*

1 Otro de los delitos, que tiene bastante analogía con el hurto, es la usura, cuya malicia consiste en apropiarse lo que es ageno, ó por lo ménos debido á otro. El dominio del dinero en fuerza del préstamo pasa al que le tomó prestado: á él, y no al que le prestó, corresponde el fruto, si da alguno de sí: esta es la razon principal, en que se funda, ó prueba ser la usura prohibida por derecho natural. En nombre de usura entienden todos los canonistas la ganancia ó lucro, que proviene inmediatamente del mutuo, conviene á saber aquel lucro, para cuya percepcion no tiene el que la disfruta otro titulo, que el mismo mutuo, ó el haber dado el dinero á préstamo: pues siempre que haya lucro cesante, ó daño emergente por parte del que prestó el dinero, puede éste percibir alguna cosa á mas del capital en recompensa de dicho daño ó lucro, llamándose entónces la usura compensatoria y lícita: lo propio debe decirse, quando carga el que prestó con el peligro de la pérdida del capital, que por naturaleza del contrato del mutuo correspondiera al que recibió la cantidad prestada: en fin, siempre que concurre otro título distinto y separado del mismo mutuo, no hay usura.

*Razones de derecho natural contra la usura.*

2 Por otro lado se descubre la malicia de este delito, reflexionando, que con él el que vé angustiado y necesitado al próximo, determinándose á hacerle un favor, que puede sacarle del apuro sin el menor menoscabo, ni perjuicio suyo, abusa de la ocasion haciéndole pagar, no mas, que porque el que recibe la cantidad prestada está agobiado y oprimido: pues si por parte del que la presta hay ó lucro cesante, ó daño emergente, ó riesgo de capital, ú otro título, ya exceptuamos la prohibicion de la regla. El logrero viene á decir: *yo no habria hecho nada de este dinero: le habria tenido ocioso en arcas en todo el tiempo, que habria de durar el préstamo, y habria aun corrido contingencia de que me le hurtasen: mi hermano acosado de acreedores, ó penetrado de las voces lastimeras de sus hijos, que suspiraban y lloraban por pan, me le pidió prestado con fianza ó sin peligro de perderle: se lo presté, y ahora quiero, y quise, que me devuelva no solo todo el que le presté, sino el fruto, que pudo dar lo que ya no era mio, por haberle sacado del ahogo con un beneficio, por el qual ni yo he valido ménos, ni he dexado de valer mas, sabiendo ya que seria así desde el principio.* Es este un modo de raciocinar inhumano y cruel; un deseo de añadir afliccion á los afligidos; una sed de chupar la sangre de los pobres, y de alimentarse de su misma indigencia y miseria, sin que pueda colorearlo el pacto, ni la aquiescencia del deudor: ésta no puede cohonestar nada, porque el que se ahoga se ase de qualquiera cabo, y da y se rinde á qualquier partido; aquel tampoco porque es injusto, y se reduce á lo mismo, y á que la cosa prestada no sea propia del que la prestó en quanto al peligro de si la hurtan, ó de si se pierde ó menoscaba con

varias contingencias, que puede correr, y lo sea en quanto á la utilidad y fruto.

*Autoridades con que se condena la usura.*

3 Estas son las razones, que me parecen mas proporcionadas y poderosas, para probar lo que muchos hallan dificil de entender, que la usura sea prohibida por derecho natural, y digna de mirarse con ódio y aborrecimiento, y de decirse de ella lo que dicen que dixo Caton, preguntado sobre el *quid funerari*, respondiendo con el *quid hominem occidere*? Como prohibida por el derecho natural está condenada la usura en el Concilio de Viena, *clementina unica de Vsuris* §. *ult.* y en muchos cánones de los títulos de las Decretales y del *Sexto de Vsuris*, fundándose todas estas disposiciones canónicas en los muchos lugares de la sagrada escritura, en que se abomina de este delito, como se puede ver en el *Levítico cap.* 25. *vers.* 36., en el *Deuteronomio cap.* 23. *vers.* 19., en el *Psalmo* 54. *vers.* 10. *y* 12. y en el *cap.* 6. de *S. Lucas vers.* 34. *y* 35.

*Perjuicios que ella causa á la economía pública.*

4 No solo es opuesto este delito á la justicia, sino tambien á la policía y economía. En Roma fuéron muchos y grandes los alborotos, que él causó, y lo serán en qualquiera república, en que se permita, porque los logreros y ricos se ceban con la ganancia; los pobres toman dinero á qualquier partido: y viéndose despues infinitos á la merced y cortesía de los poderosos, se amotinan y causan turbaciones en el estado. Con el cebo de la ganancia, que da el dinero con solo prestarle á otro, no se cansan los hombres en buscar otros frutos, ni en mejorar con el dinero las cosas de agricultura, artes y comercio.

*La usura no solo se verifi-*

5 Pero basta ya lo dicho: y solo debo advertir, que, aunque trato de dinero, esto no ha sido

mas que por exemplo : pues por lo demas en toda y qualquiera cosa de aprecio y estimacion de los hombres puede caber la usura, si se ha de devolver mas de lo que se ha recibido prestado, ya sea dinero, ya qualquier otra cosa, en que quepa el mutuo ó préstamo.

*ca en el dinero sino en otras cosas.*

6 La dificultad puede estar en conocer la usura, quando se halla paliada en algun contrato, disfrazándose con el semblante ó título diferente, y no siendo en realidad mas que mutuo : pero esto es dificil y de materia sutil y delicada, que no puede entender quien no sea perfecto teólogo ó canonista : y por otra parte es muy larga, que solo puede indicarse en instituciones de esta naturaleza.

*Dificultades en conocer la usura paliada.*

7 Por derecho canónico, á mas de quedar obligados los usureros á la restitucion de las usuras, son infames, *can.* 2. §. 20. *caus.* 3. *quaest.* 7., y por consiguiente irregulares si son clérigos: y si no se enmiendan se han de suspender y deponer despues, declarándose inhábiles para obtener otro beneficio : si son legos se han de descomulgar, *cap.* 7. *de Vsuris* : se les ha de negar la absolucion de todos los pecados, sino restituyen las usuras, ó no dan idónea caucion, *cap.* 2. *de Vsur. in* 6. : se les ha de negar toda comunicacion, y no se les ha de admitir oblacion alguna, *cap.* 3. *de Vsur.* : no se les permite hacer testamento sino restituyen ó no dan caucion, ni puede nadie tener intervencion en sus testamentos, *cap.* 2. *de Vsuris in* 6.: no restituyendo, ó no prestándose caucion, no se les da sepultura eclesiástica so pena de suspension al clérigo, y excomunion *ipso facto* al lego, que contraviniere, *cap.* 3. *de Vsur. y clement.* 1. *de Sepulturis* : en estas penas no parece, que se in-

*Penas de la usura por derecho canónico.*

curra, sino quando hay sentencia declaratoria del delito, *cap. 19. de Haeret. in 6.* Las leyes y penas, que prohiben las usuras, no anulan el contrato del mutuo en quanto al capital, *Cur. Filip. lib. 2. Com. terr. cap. 1. num. 35. y 36.*: y todos los autores parece que estan acordes en esto.

*por derecho civil.*

8 De derecho civil no hay penas fuera la de infamia á los logreros, *ley 20. Cod. Ex quib. caus. irrog. infam.*, porque estaba tolerado este delito, y aun algunos pretenden, que estuvo autorizado por las leyes, explicando esto los autores de varios modos, en que no es del caso entrar ahora.

*por derecho de Castilla.*

9 Por la *ley 4. tlt. 6. lib. 8. Rec.* el usurero tiene pena por la primera vez de perder lo que prestó con usuras, aplicándose á quien recibió el préstamo, y á mas debe pagar otro tanto como prestó, la tercera parte para el acusador y las dos para la cámara real: por la segunda vez debe perder la mitad de los bienes, destinándose la tercera parte para el acusador y las otras para la cámara real; y por la tercera todos los bienes con la misma aplicacion. En la *ley 5. ibid.* se confirma la obligacion de aplicar el capital á favor de aquel, contra quien se hubiere hecho el negocio usurario: de lo demas se mandan aplicar dos quartas partes para la cámara, una para el acusador, y otra quarta parte para reparo de muros ó edificios públicos del lugar, en que se cometa el delito. Por la misma ley son infames. En la *Curia Filípica lib. 2. Com. terr. cap. 1. num. ult.* se cita una posterior pragmática de 1 de mayo de 1608, con que se alteró la pena pecuniaria y su aplicacion del capital á favor de la parte, que le recibió, disponiéndose, que á éste se le imponga la pena de otro tanto, y que el capital recibido con pacto usurario

se distribuya entre cámara, juez y denunciador. Se dice allí mismo, que por temor de la pena impuesta al que recibió el dinero se hace dificil la averiguacion de este delito. En la *ley* 9. *tit.* 13. *part.* 1. está tambien la pena de la privacion de sepultura.

*por derecho de Cataluña.*

10 En quanto á derecho de Cataluña por edictos reales el usurero pierde por la primera vez el capital con el dos tanto, aplicándose la tercera parte al acusador, la otra al fisco y la otra al Hospital General de Barcelona, y en la segunda tiene pena de cinco años de galera, Calderó *decis.* 54. *num.* 8.: Peguera *decis. tom.* 1. *cap.* 30. *n.* 18. refiere, que nuestra Sala del Crímen en 1578 y en 1579 hizo varios procedimientos contra usureros, y que uno fué condenado á la pena propuesta por edictos, esto es, á perder el capital y el dos tanto con la restitucion de las usuras. En el *cap.* 31. *num.* 22. hace mencion de estos edictos. En el *capit.* 40. del edicto de la Audiencia de Barcelona de 21 de octubre de 1716 se lee la misma pena, que en Calderó y Peguera con igual aplicacion: y el escribano, que interviniere en contrato usurario, tiene pena de cincuenta libras. Por la *const.* 5. *y* 13. *de Personas prohib.* ningun usurero puede tener oficio público.

*Prohibicion del contrato mohatra.*

11 Hasta aquí he hablado de la usura en caso de ser préstamo el contrato, con que se pretende cobrar la usura. Algunos otros contratos se han prohibido tambien por derecho á causa del peligro y artificio, con que se suele encubrir en ellos la usura, ó por ser propia y realmente préstamos con usura, aunque paliada con nombre de otro contrato, que el mutuo. El contrato mohatra, con el qual se vende á precio sumo alguna cosa

con pacto expreso ó tácito de obligacion de volverse á vender al ínfimo, ó á menor precio, está condenado como usurario en la proposicion *n.* 40. de las condenadas por *Inocencio XI.*, y por la *ley* 22. *tit.* 11. *lib.* 5. *Rec.* tiene la pena de cincuenta mil maravedis, debiendo aplicarse la tercera parte á la cámara y las otras dos al juez y denunciador. En el *cap.* 41. del edicto de nuestra Audiencia de Cataluña de 21 de octubre de 1716 se lee por nuestro derecho municipal prohibido tambien el contrato mohatra, y la intervencion en él de escribano so pena de cincuenta libras y de privacion de oficio al corredor.

*del préstamo en mercaderías.*

12 Ya hemos visto tambien en *lib.* 1. *tit.* 9. *cap.* 9. *sec.* 51. *n.* 18., que con cédula de 16 de septiembre de 1784 qualquier obligacion por razon de mercaderías, sin especificacion individual de cada una de ellas, y el dar á préstamo alguna cantidad en mercaderías, está prohibido baxo las penas, que se expresáron.

*de las rifas.*

13 Por la misma razon, que el contrato mohatra y los otros expresados, está prohibida la rifa, esto es el juego ó especie de contrato, que se hace entrando muchos á la suerte de alguna alhaja por la talla, que se pone: por el exceso en ésta y por el número de los jugadores se suele cobrar muchísimo mas de lo que vale la alhaja. En la *ley* 12. *tit.* 7. *lib.* 8. *Rec.* se prohiben las rifas, mandándose, que sean perdidas las cosas rifadas y el precio, que se pusiere para rifar, con otro tanto á los que le pusieren, aplicándose todo por terceras partes al fisco, juez y denunciador. En el *auto* 1. *tit.* 7. *lib.* 8. *Aut. Acord.*, que es decreto de 31 de marzo de 1716, se condenan como usurarias dichas rifas, y se prohiben aun en caso de

hacerse con pretexto de devocion, y de ser de cosa comestible, baxo las penas impuestas por las leyes. Martinez *Lib. de juec. tom.* 4. *letra R num.* 24. cita un decreto de 23 de septiembre de 1766 en confirmacion y observancia del auto citado. Con real cédula de 8 de mayo de 1788 se mandó la observancia de la *ley* 12. *tit.* 7. *lib.* 8. *Rec.* y del *auto* 1. *tit.* 7. *lib.* 8. *Aut. Acord.*, previniéndose á las justicias, que no permitan rifa ninguna de alhaja, sea de la clase que se fuere, ni otro género, á excepcion de las que se executen con real permiso, ni tampoco permitan, que se hagan rifas á los extractos de las loterías, baxo las penas impuestas en dichas providencias: estas son pérdida de la alhaja rifada y del precio, que se pusiere para rifar con otro tanto á los que le pusieren, aplicándose por terceras partes á la cámara, juez y denunciador.

14 En quanto á Cataluña en el *cap.* 49. del citado edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 con referencia al nuevo decreto de S. M., publicado entónces con edicto de 28 de julio de 1716, y á varias leyes y bandos echados en Cataluña, se manda, que los que hicieren qualquier especie de listas, suertes, apuestas, seguridades ó extracciones de qualquier modo, poniendo alguna alhaja ó qualquier otro género para rifar ó echar á suerte ó extraccion, por los grandes inconvenientes, especialmente de usura, incurran en la pena de perder las alhajas, géneros, cosas ó cantidades, que se rifaren, con lo que para la rifa hubieren cobrado, y asimismo el precio ó cantidades, que se pusieren por los otros para rifar ó ganar la suerte con el tanto de lo que hubieren puesto, aplicándose una parte al acusador, otra al

oficial executor y otra á los cofres reales, y en otras penas arbitrarias, segun las circunstancias hasta tres años de galera al remo á los que tomaren el dinero, ó escribieren los nombres por los rifadores, si fueren plebeyos, y de relegacion á los nobles, y si fueren mugeres de destierro del principado. Con edicto de 24 de marzo de 1763 se renovó la prohibicion de rifas de 1716: pero deben tenerse presentes las citadas providencias de 1766 y 1788, que son generales y posteriores.

*Declaracion de no ser usurario un contrato de los Gremios Mayores de Madrid.*

15 Así como en los referidos casos se ha decidido, que eran usurarios algunos contratos, ó se han prohibido con motivo de los inconvenientes experimentados, se ha declarado con la misma oportunidad, no ser usurario otro, sobre que hubo duda. Con real cédula de 10 de julio de 1764 se declaráron legítimos y obligatorios los contratos, con que los Cinco Gremios Mayores de Madrid acostumbraban recibir dinero de diferentes personas, especialmente de viudas y pupilos, que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de los gremios, obligándose estos á devolver el dinero dentro del tiempo, que capitulaban, y á satisfacer en el ínterin el interes de un tres ó dos y medio por ciento, y se mandó á los tribunales, que se arreglasen á esta declaracion, expresándose que se consultáron para ello personas de carácter, integridad y inteligencia.

*Indicacion de varias dificultades relativas á usuras.*

16 Sobre otros contratos y pactos se suelen suscitar varias qüestiones por los canonistas y teólogos, cuya enumeracion y exâmen seria embarazoso, y en algun modo ageno de mis instituciones, habiendo solamente hecho mencion de los expresados por hablarse de ellos en la legislacion civil.

## §. XVI.

*Del crímen de falsedad, con explicacion de los varios modos, con que se puede cometer, y de varias circunstancias.*

*De la falsedad y su abominacion.*

1 Uno de los modos, con que se daña al próximo á mas del hurto, del crímen de mesada heredad y de la usura, que se reducen tambien á hurto, es el crímen de falsedad, del qual á continuacion de la prohibicion del mismo hurto se manda abstener á los hombres: *no hurtareis, no mentireis, ni engañará ninguno á su próximo* se lee en el *cap.* 19. *vers.* 11. del *Levítico.* Con este crímen abusa el hombre de los medios, que le ha dado Dios para hacerse entender, insinuarse y abrirse con sus hermanos, haciendo servir para dañar los mismos instrumentos, que son destinados para la averiguacion de la verdad, y conservacion del derecho de cada particular. Este delito se ve abominado en muchos lugares de las sagradas letras: á mas del referido hay otros muchos: en el *psalmo* 5. *vers.* 7. se lee: *perderás á todos los que hablan mentira*, y en el *cap.* 4. *vers.* 25. de la *carta* de S. Pablo *á los de Efeso*: *dexando la mentira hablad verdad cada uno con su próximo.* Es tan estrecha esta obligacion, que no se puede faltar á ella aun con motivo de un buen fin. Todos los canonistas y teólogos dicen, que la mentira es intrinsecamente mala, y que en ningun caso, ni por ningun motivo puede permitirse. En todas partes, en donde haya ó reyne el amor á la sociedad, ha de triunfar por todos modos la buena fé y la verdad, desterrando toda falsedad, con la qual se falta á la amistad, y á la union, con que deben vivir los

hombres: y en ningun estado debe reynar mas, que en donde se quiera fomentar el comercio, para cuyo giro y circulacion es menester exuberancia de buena fé en prometer y cumplir sin engaño ni trampa. Mas veamos ya quál sea la naturaleza de este delito, de qué modos puede cometerse, ó se comete, y qual es la pena, que le corresponda.

*En qué consiste la falsedad.*

2 El delito de falsedad no es otra cosa, que alteracion de la verdad con dolo y perjuicio de tercero. A esto viene á reducirse lo que dicen comunmente los autores y lo que se saca de las leyes prohibitivas: alteracion, que no fuese con dolo y perjuicio de tercero, no sería delito por las reglas arriba dadas. La definicion puesta es conforme á lo que se lee sobre este delito en los títulos respectivos de todos nuestros Códigos de legislacion; y se manifestará mas claramente la naturaleza de este delito, y la verdad de dicha definicion, explicando los modos, con que se incurre en él, y con que por otra parte se castiga.

*Quatro modos con que se puede cometer la falsedad.*

3 A quatro pueden reducirse los modos, con que se comete este delito: ó se comete él de palabra, ó por escrito, ó con otra especie de hecho, ó con el uso, ó por mejor decir con el abuso de la cosa adulterada ó falseada: con esto hay falsedad verbal, escrita, real y de uso. Pero hablemos ántes de ella en general. La pena correspondiente á este delito, hablando en general, por las diferentes especies y modos muy distintos, con que puede cometerse con infinita variedad de efectos, parece que ha de ser arbitraria: y esto es lo que generalmente se halla recibido en todas partes, y lo que parece se autorizó por los romanos en la *ley 27. §. ult. Dig. de Leg. corn. de fals.* y en otras del mismo derecho. Solo parece, que por lo regular la

pena era de deportacion y confiscacion de todos los bienes: ésta en la ley de Partidas, que se citará luego, se limita al caso de no tener el reo ascendientes ó descendientes por línea recta hasta el tercer grado y de último suplicio en los esclavos, como consta del §. 7. *Inst. de Publ. iud.* y de la *ley* 1. §. *ult. Dig. de Fals.*, con la qual concuerda la 6. *tit.* 7. *part.* 7.: Calderó en la *dec.* 62. *num.* 12. dice, que la pena de este delito es arbitaria, pudiendo extenderse á la de muerte segun las circunstancias del delito y qualidad del delinqüente. Peguera en el *tom.* 1. *Decis. cap.* 80. *num.* 6. hace mencion de la pena de la misma *ley* 1., y nota oportunamente, que por la 22. del *Código* del mismo título aun el hombre libre tiene pena de muerte, si obliga á esto la enormidad del delito de falsedad, y no concurriendo esta circunstancia pena de deportacion: saca y bien por conseqüencia, que es arbitraria la pena de este delito, á excepcion de los casos particulares, en que ya la tiene determinada. De lo general pasemos á lo particular, empezando por el primer modo.

*Gravedad particular del testigo que declara con falsedad.*

4 Entre los que de palabra cometen el crimen de falsedad debe contarse el testigo falso, digno de severísimo castigo, no solo por lo que ántes se ha dicho en general, sino tambien por lo que hay de particular en esta especie: pues, siendo evidente, que toda la justicia de las sentencias y juicios está afianzada en los testigos, hallándose justamente necesitado el juez á conformar su decision con ellos quando no tienen excepcion legítima, el que declara falso en juicio, á mas de ser reprehensible por los motivos ántes expresados, pervierte y trastorna lo que tiene mas sagrado y autorizado la sociedad humana para la tranquilidad

y sosiego de las familias y del estado, faltando indignamente á Dios, al juez y á la parte, como sabiamente se advierte en el *cap.* 1. *de Crimin. fals.*: y, como en el juicio se exîge el juramento, tiene el testigo falso toda la qualidad de perjuro, delito gravísimo, de que se ha tratado en el *cap.* 5. *sec.* 1. *art.* 7.

*Pena del testigo falso por derecho canónico.*

5 Por derecho canónico tiene el testigo falso pena de infamia, tanto en causa civil, como criminal, *can.* 9. *caus.* 3. *quaest.* 5., y la pena de talion por el *can.* 1. *caus.* 3. *quaest.* 6.: siendo clérigo tiene pena de deposicion y reclusion en monasterio, *can.* 7. *dist.* 50.

*por derecho romano.*

6 Por derecho civil segun la *ley* 16. *Dig. de Test.* la pena del testigo falso es claramente arbitraria: pero para el caso de haber declarado falso á fin de que otro fuese condenado como reo de pena capital, tenia pena de muerte, *ley* 1. §. 1. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.*

*por derecho de Castilla.*

7 Por derecho de Castilla en la *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 8. *Rec.* á los testigos falsos está impuesta la misma pena, que tendria que sufrir el reo, si su deposicion fuese verdadera, que es decir la pena de talion, que todos los autores reconocen por propia y justísima en este caso, confirmando su justicia el *can.* 1. *caus.* 3. *quaest.* 6. y la *ley* 1. §. 1. *Dig. Ad leg. corn. de sicar.* En la *ley* 7. *tit.* 17. *lib.* 8. *Rec.* al testigo falso en causa criminal, no siendo caso de muerte, se le impone la pena de verguenza pública, y se le condena perpetuamente á galeras, castigándose del mismo modo á los que induxeren los testigos á declarar falso. Los testigos falsos en causas civiles tenian antiguamente como se ha dicho en el *cap.* 4. *sec.* 5. *art.* 3. §. 2., la pena de quitárseles los dientes, habiéndose despues conmuta-

do en verguenza pública y diez años de galeras, extendiéndose esta pena á los que induxeren y sobornaren los testigos, *ley* 7. *tit.* 17. *lib.* 8. *Rec.*

8 Por lo que toca á Cataluña por la *const.* 3. *de Crim de fals* el testigo falso en las causas criminales incurre tambien en la misma pena, en que incurriria el reo, si el delito fuese verdadero ó probado: la constitucion expresa, que debe aplicarse esta pena tanto si se trata de testigo de defensa, como de ofensa, y no distingue el caso, en que se absuelve el reo del otro, en que se condene: pero nuestra Audiencia, quando el testigo es en defensa, y quando se absuelve el reo, contra quien se declaró falso, suele aplicar pena extraordinaria mas moderada, como tambien en el caso de no recaer la falsedad en cosa substancial. Se puede ver esto en Calderó en la *decis.* 19. *num.* 14. 15. *y* 18. poniéndose allí algunas circunstancias ó reflexîones para graduar la malicia de la declaracion. En la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *num.* 32. y en Cortiada *decis.* 88. *num.* 37. hasta el 47. se lee tambien, que el testigo falso, que lo es en cosa substancial de ofensa en causa criminal, se ha de castigar en Cataluña con la misma pena, que debiera sufrir el reo, si la deposicion fuese verdadera: trae exemplar de haberse aplicado la pena de muerte. Cortiada en *dicha decis.* 88. *num.* 48. nota, que no se usa siempre de esta severidad, sino que se condenan los testigos falsos á galeras ó azotes: esta misma pena consta de dichos lugares, que se suele aplicar á los testigos en defensa, bien que el mismo Cortiada *decis.* 88. *num.* 58. sienta la proposicion, de que en Cataluña así el testigo falso de ofensa, como el de defensa, ha de sufrir la pena, que correspondiera al reo, si la deposicion hubiese

*por derecho de Cataluña.*

sido verdadera. De Calderó *decis.* 19. *num.* 19. *hasta el* 22. parece, que, aunque por la misma *const.* 3. citada se prescribe la pena de perder la causa y de cortar la mano á los que declaran falso en causas civiles, por parecer inhumana esta pena y perjudicial, en fuerza de un arbitrio, que da el *cap.* 61. de unos edictos, ó pregones que cita, se puede conmutar en destierro, azotes ó galera, si fuere la falsedad qualificada: dice que puede practicarse para infundir terror la pena de cortar la mano quando el reo por otro motivo se condena á muerte. En estos tiempos ya se ha dicho, que no se estila el cortamiento de miembros. Todas las penas de la *constit.* 3. impuestas á los testigos falsos se aplican á los que los sobornan para declarar falso ó median para ello, *const. ult. de Crim de fals*, Cancér *de Test. num.* 52. *hasta el* 56.: esto se ha de entender siempre, quando la declaracion recae sobre cosa substancial, Peguera *cap.* 19. *del tom.* 1. *de Dec.* En el *usage* 2. *de Crim de fals* se ordena, que si alguno es reo de testimonio falso contra su próximo pierde tanto de sus bienes, quanto hubiera perdido su próximo, si hubiese dicho verdad. En el *cap.* 19. del edicto de nuestra Audiencia de 21 de octubre de 1716 con referencia á las constituciones se leen las mismas penas impuestas á los falsarios, que he referido.

*por ordenanzas militares.* 9. En quanto á militares en el *art.* 8. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* se dice, que el testigo falso será pasado por las armas, si hubiere recaido la falsedad sobre delito capital, y arbitraria recayendo sobre otro, y en el *art.* 85. *ibid.*, que el oficial, que falta á la verdad del juramento, por este solo hecho será depuesto de su empleo, y despedido del servicio sin perjuicio de la causa.

*De otros reos* 10 Á esta clase de crímen de falsedad por pa-

labra puede reducirse el de los acusadores, reos, defensores, agentes, procuradores, abogados, jueces, y otros semejantes, que ó ya sea en juicio, ó fuera de él, con palabras alteran la verdad, causando perjuicio á tercero, aunque las mas veces se comete este delito por escrito. El reo, aunque no cause perjuicio á particular, le causa á la república, impidiendo con su mentira ó falsedad la vindicta pública. En todos estos delitos parece, que la pena debe ser arbitraria, midiéndola por lo que he dicho del testigo, y por las reglas generales arriba dadas, siendo claro, que al reo debe corresponderle mucho menor pena, que á los otros, por lo que es justo, que las leyes reconozcan la flaqueza humana, y la grande dificultad, que hay en vencer los reos á la naturaleza en semejante caso. Por esto en Cataluña no se les suele exîgir el juramento. Del acusador dice el Sr. Lardizabal en el *Disc. sobre pen. cap.* 5. §. 1. *num.* 7., que no hay sentencia mas justa, que la del *can.* 1. *caus.* 3. *quæst.* 6., aunque falsamente atribuido al Papa S. Fabian: *el que no probare la acusacion sufra la pena, que intentaba contra el acusado*: y lo mismo parece, que puede decirse en general de todos los que cometen falsedad en juicio. *de falsedad en juicio y de su pena.*

11 Por la *ley* 1. §. 1. *Dig. de Prevaricat.* el abogado, que hace traicion á su cliente, tiene pena extraordinaria: lo mismo por la 11. *y* 12. *tit.* 16. *part.* 7.

12 El acusador ó qualquiera, que con este título ú otro achaca dolosamente á un reo en juicio algun delito, se llama en derecho calumniador, *can.* 8. *caus.* 2. *quaest.* 3., *ley* 1. *Dig. Ad Senat. turpil.*: y el que falta en la prueba del delito, que opone, se presume haber dolosamente intentado la

causa, *cap.* 2. *de Calumn.*, *can.* 2. *caus.* 2. *quaest.* 3., á no ser, que se justifique, dando algun motivo prudente y admisible de disculpa, *ley* 1. §. 3. *Dig. Ad Senat. cons. turp.* y *ley* 3. *Cod. de Calumn.* Cesa dicha presuncion en algunas personas, como en el abogado fiscal, ó qualquiera, que de oficio haya de instar, *ley* 5. §. 13. *Dig. de His quae ut indig. aufer.* y en el padre, madre, tutor, curador y marido, que obran por injuria hecha contra sus hijos, pupilos, menores, y mugeres, y recíprocamente en éstos quando persiguen injuria hecha á sus padres, tutores, curador y marido. En estos y otros casos semejantes, si no es evidente el dolo y la calumnia nunca debe suponerse, presumiéndose que el oficio, el natural dolor, y el interes muy regular por personas tan allegadas hizo entrar en el empeño de la acusacion.

13 El calumniador, que se declara serlo, y se condena como tal, es infame, *can.* 1. *caus.* 2. *quaestion* 3., *ley* 1. *y ley* 4. §. 4. *Dig. de His qui not. inf.*, y debe sufrir la pena de talion, *can.* 2. *y* 3. *caus.* 2. *quaest.* 3., *ley ult. Cod. de Accusat.*, *ley ult. Cod. de Calumniat.*, *ley* 26. *tit.* 1. *part.* 7.: el clérigo calumniador tiene privacion de oficio y beneficio con destierro, *cap.* 1. *de Calumn.*: de Pradilla *Sum. de ley pen. part.* 2. *cas.* 44. y del *Juic. crim. Cur. Fil.* §. 8. *num.* 13., de Gomez *Variar. tom.* 3. *cap.* 11. *num.* 3. consta, que en el dia por general costumbre en España y otros reynos es arbitraria la pena: la del talion puede servir para regular el arbitrio del que aplica la extraordinaria de ahora.

14 Es conforme á todo lo dicho lo que se lee en el *cap.* 10. del *título* del *Resguardo de los guardas y Visitadores de oficios* de la ordenanza de correos de 23 de julio de 1762, que el que calumniare al

visitador quedará inhábil para obtener empleo de renta, y será castigado con destierro á proporcion de la culpa: tambien lo es lo que se lee en el *cap.* 12. de la pragmática de 6 de octubre de 1771, que, si la delacion de contraventor á la misma ley prohibitiva de juegos, fuere calumniosa, se castigará al denunciador con las mismas penas, en que habria incurrido el denunciado, si fuese cierto el delito, aumentándose el castigo á proporcion de la gravedad y perjuicios de la calumnia.

15 Habiendo empezado á tratar de los que se hacen reos de falsedad en el juicio la conexîon de la materia me proporciona el hablar aquí de los prevaricadores, y tergiversadores, aunque éstos no cometan falsedad verbal, como los testigos falsos y calumniadores, sino real, tanto por lo que hacen, como por lo que dexan de hacer en consequencia de sus colusiones: los prevaricadores son los que por colusion con el reo disimulan los verdaderos delitos ó sus probanzas, ó admiten falsas excepciones, *ley* 1. §. 1. *y* 6. *Dig. Ad senat. cons. turp.*: la pena parece que es infamia, *ley* 4. §. 4. *Dig. de His qui not. infam.*, privacion de oficio, *ley* 2. *Dig. Ad senat. turpil.*, y á mas de esto la de talion, esto es la que hubiera tenido que padecer el reo, si no se le hubiese absuelto por la prevaricacion. En la *ley* 2. *Dig.* del mismo título se aprueba tambien la pena arbitraria. El que abandona al que debe defender, favoreciendo á su contrario, tambien se dice prevaricador, *ley* 1. *Dig. de Praevaric.* y tiene pena arbitraria, *ley* 2. *ibid.* Por la *ley ult. tit.* 6. *part.* 3. tenia como alevoso pena de muerte el abogado, que defendia á una parte en público y á otra en secreto. Por la *ley* 17. *tit.* 16. *lib.* 2. *Rec.* el abogado, que de dicho modo prevarica, tiene

*De los prevaricadores y su pena.*

privacion de oficio con confiscacion de la mitad de los bienes. En los demas casos y aun en el expresado parece que es arbitraria la pena en nuestros dias.

*De los tergiversadores y su pena.*

16 Tergiversadores son los que desamparan la acusacion despues de haber entrado en ella sin mediar abolicion ó indulto del delito, *ley* 1. §. 1. *Dig. Ad senat. cons. turp.* El nombre es propio para significar lo dicho por su etimología, que es de volver las espaldas. Los que incurren en este delito no pueden despues acusar, *ley* 2. *Dig. Ad senat. cons. turp.*, *ley* 8. *tit.* 17. *part.* 7. En la 17. *tit.* 1. *part.* 6. se mandan pagar las costas y perjuicios al que desampara la acusacion en los casos, en que no es permitido por ley apartarse de ella, con multa é incapacidad de poder acusar otra vez. Antiguamente parece, que tenia el reo de este delito multa de cinco libras de oro, *ley* 3. §. *ult. Dig. de Praevaric.* ó arbitraria por la *ley* 1. §. 7. *Dig. Ad senat. cons. turp.*, como lo será en el dia, atendiéndose todas las circunstancias. Mudada ahora la forma de los juicios rara vez se ofrece tratar de esta especie de delitos.

17 Aunque el delito, que cometen los delinqüentes referidos, puede ser, y sea muchas veces con escrito, como este no es absolutamente necesario, y puede sin él verificarse el crímen, de que se habla, en testigo, en acusador, denunciador, prevaricador y tergiversador, por esto se ha puesto aquí.

*De otros reos de falsedad por escrito.*

18 En el segundo número de los falsarios por escrito deben contarse todos los que con algun escrito alteran la verdad con perjuicio de tercero, como los mismos testigos y los calumniadores, si su deposicion ó acusacion está firmada, como regularmente suele suceder, aunque esto no es abso-

lutamente necesario, especialmente hablando en general, y con independencia de leyes positivas.

19 Tambien es reo de falsedad por escrito el escribano, que hiciere algun instrumento falso. Este crimen es horrible, porque no solo contiene la malicia comun á todo delito de falsedad, sino la particular de abusar del empleo y de la confianza pública, con que está depositada en poder del escribano la memoria y probanza de los hechos: y es tanto mas digno de castigo este delito, quanto es mas dificil el que puedan precaverse los hombres contra él, señaladamente para los tiempos venideros. De la maldad de un juez, que se dexare corromper, puede, aunque dificilmente, defenderse el reo agraviado, acudiendo á tribunal superior, ó á la suprema potestad en muchos casos: de la de un testigo con otro testigo y justificaciones: pero contra un escribano, que finge algun instrumento á favor de alguno, para que sus herederos usurpen lo ageno, no hay defensa, ni precaucion. Por aquí se vee, que este delito es por su naturaleza gravísimo, aunque tambien depende de las circunstancias del mayor ó menor daño y de otras semejantes la pena correspondiente.

*Del escribano reo de falso instrumento.*

20 Por el derecho romano la pena de este delito por lo arriba dicho en general y por la *ley* 12. *Cod. de Susceptor. et arcar.* era arbitraria, aplicándose, quando ménos se castigase, privacion perpétua de oficio. Por derecho de Castilla dice Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 21., que al escribano público, que comete falsedad en causa de cien maravedís, se le ha de cortar la mano, y quitar el oficio, y que, siendo la causa de cien maravedís arriba, debe aplicarse la pena de muerte segun la ley del fuero. En órden á Cataluña en

*Pena de escribano falsario por todos derechos.*

la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *n.* 32. se dice, que los escribanos, que hacen falsos instrumentos, tienen pena arbitraria; que, condenándose á restituir los daños á la parte perjudicada, se les suele privar del oficio, condenar por algun tiempo á destierro ó deportacion á isla ó galeras segun las circunstancias. Cortiada *dec.* 88. *n.* 26. *hasta el* 32. dice, que por la *constit.* 3. *de Crim de fals* y el *cap.* 20. de unos edictos ó pregones, que cita, tiene el escribano, que comete falsedad, pena de muerte, bien que esto ha de entenderse quando recae sobre cosa grave, ó es repetida muchas veces en casos de grande perjuicio: no concurriendo estas circunstancias dice lo mismo, que Amigánt, y refiere, que algunas veces se les condena á azotes. Lo mismo que Cortiada dice Calderó *dec.* 39. *num.* 38., citando para esto la *const.* 3. *del Crim de fals*, que impone dicha pena de muerte, modificando su aplicacion los autores en los términos referidos. En la *const.* 4. *de Crim de fals* la pena de muerte, impuesta en la 3. al que falsifica instrumentos, se extiende á los sobornadores y mediadores.

*Pena de los que hacen uso de falsos instrumentos.*

21 Los que presentan, ó hacen uso de instrumentos falsos, parece que por derecho civil tenian antiguamente la interdiccion *aquae et ignis*, que llamaban, en cuyo lugar entró la deportacion, *ley ult. Dig. de Leg. corn. de fals.* En la *ley* 15. *tit.* 6. *part.* 3. se les impone pena de muerte.

22 Por la *ley* 16. *ibid. y* 14. *Cod.* del mismo título parece, que tambien son reos de falsedad los que dolosamente ocultan instrumentos y escrituras: estos parece, que pierden el derecho á la causa.

23 En el *cap.* 19. del edicto de nuestra Au-

diencia de 21 de octubre de 1716 se lee, que los que presentan documentos falsos en juicio criminal, incurren en la pena, en que incurriría aquel, contra quien ó en favor de quien se hubieren presentado, si el crímen fuese verdadero y probado, y que al que falsificare instrumentos ó escrituras públicas se le ha de imponer pena de muerte natural. Aunque el presentar instrumentos falsos y ocultar otros puede ser sin escrito por la conexîon de la materia se pone aquí lo dicho.

*Pena de los reos de falsa certificacion de exîstencia de militar.*

24 Con el *art.* 5. *tit.* 7. del reglamento de 28 de mayo de 1761 se manda, que todos los individuos de justicia secular, que firmaren certificacion de exîstencia de militar retirado, faltando á la verdad, para el abono de plaza supuesta, deben ser multados con el tres tanto de la cantidad, que importe el haber de la plaza, debiéndose repartir la multa entre el denunciador y real hacienda, aplicándose una tercera parte para el comun de invalidos.

*Pena de los reos de falsedad en tornaguias.*

25 En el *cap.* 19. de la real cédula de 15 de julio de 1784 se impone á los que cometieren falsedad en las tornaguias, que deben presentarse del dinero transportado de una parte á otra, la pena de comisarse las cantidades comprehendidas en las guias, y de seis años de presidio de Africa, incluyendo á todos los que hubieren concurrido y cooperado á la falsedad, y debiéndose dar al denunciador secreto la tercera parte íntegra del dinero: lo mismo estaba mandado en el *cap.* 19 de la instruccion de 13 de diciembre de 1760.

*Pena de los que con falsos papeles sonsacan dinero.*

26 Tambien parece que pertenecen á este lugar los que con falsas cartas ó papeles sonsacan dinero, y en Cataluña tienen, no llegando la suma á cien libras, si son hidalgos, pena de des-

tierro ó reclusion en isla: si son plebeyos azotes y galera arbitraria en quanto al tiempo. Así se ve en la *Compilatio Practicalis* de Amigánt *tit.* 14. *n.* 32. y en Cortiada *decis.* 88. *num.* 18. *hasta el* 22.

*Pena de los falseadores de letras apostólicas.*

27 Mucho mas pertenecen á este lugar los falseadores de letras apostólicas, de los quales y de los muchos modos, con que se comete este crímen, habla el *cap.* 5. *de Crimine falsi*: por el *cap.* 7. *ibid.* dichos falseadores, sus fautores y defensores incurren en excomunion *ipso facto*; si fueren clérigos se privan perpetuamente de su oficio y beneficio; y, si por sí mismos y no por otro hubieren cometido la falsificacion, se han de degradar, y entregar al brazo seglar para ser castigados segun leyes: la excomunion, por lo que toca á los mismos falsificadores, que por sí ó por otro hubieren cometido la falsificacion, es reservada en la bula *in coena* en el *caso sexto*, pero no respeto de los fautores: los que maliciosamente impetran letras apostólicas falsas, ó usan de ellas, si son legos quedan excomulgados con el mero hecho, si son clérigos se les ha de privar de oficio y beneficio, dicho *cap.* 7. *vers. qui vero*: y por el *cap.* 4. *ibid.* los que retienen dichas letras falsificadas, y no las rompen dentro de veinte dias, aunque no hagan uso de ellas, se han de descomulgar: y esta excomunion es reservada al Papa.

*De los falseadores de sello real y papel sellado.*

28 Por la *ley* 3. *tit.* 17. *lib.* 8. *Rec.* el que falseare sello de Rey, arzobispo, obispo ú otro prelado es alevoso, y pierde la mitad de los bienes para la cámara.

29 De los falsificadores de papel sellado ya se habló en el §. 12. del *art.* 2.

*Pena de los que falsifican*

30 En quanto á Cataluña Peguera en el *cap.* 80. *num.* 9. y siguientes dice, que los que falsifican des-

pachos reales tienen pena extraordinaria ó arbitraria, atendiendo el efecto, ó el daño, que hizo ó pudo causar el crímen, y que á dos en 1609. se les condenó á pena de azotes y galeras.

*despachos reales.*

*Del crímen de falsedad por hecho.*

31 Falsedad por hecho ó real entiendo el delito de esta naturaleza, que no puede reducirse á falsedad por palabra ó por escrito, ó á falsedad verbal, ó escrita: pues estas dos especies tambien consisten realmente en el hecho de hablar ó escribir con falsedad: pero, para la cómoda division y distincion de unos casos de otros, les damos su especie ó clase particular de falsedad por palabra ó por escrito: y con esto quedan incluidos en esta tercera clase de falsedad real los otros, en cuyo número deben contarse los falsificadores de moneda, bien que de éstos por ser delito de lesa magestad ya se ha tratado ántes, los que falsifican metales preciosos, y qualquiera especie de mercadería, ó cosa, vendiéndola, ó usando de ella, como si no estuviese adulterada, los que usan de pesos y medidas adulteradas, los que remueven ó mudan los mojones de los campos, los suplantadores de partos supuestos, los que sin llegar á escrito se fingen de diferente familia, linage, oficio, nacion, y qualquiera finalmente, que de algun modo altera la verdad con perjuicio de tercero.

*De la falsedad en pesos y medidas y de su gravedad y pena.*

32 Uno de los crímenes de falsedad de los mas abominables es el que se comete en los pesos y medidas. *Balanza falsa es abominacion*, se dice en los proverbios *cap.* 11. *vers.* 1., *para con Dios, y el peso justo es su voluntad*: y en el *cap* 20. *ibid. vers.* 10.: *Un peso y otro peso, una medida y otra medida*, esto es un peso y una medida para recibir, y otro peso y medida para entregar, *lo uno y lo otro es abominable á Dios.* Los reos de este de-

lito tienen por la *ley* 32. *Dig. de Leg. corn. de fals.* pena de destierro y del dos tanto, *ley* 6. §. 1. *de Extraord. crim.*, *ley* 7. *tit.* 7. *part.* 7. En la *ley* 2. *tit.* 13 *lib.* 5. *Rec.* á los que usaren de otros pesos y medidas, que las aprobadas con autoridad pública, se impone por la primera vez la pena de mil maravedís, de quebrarse públicamente la medida, y de ser puesta en la picota; por la segunda de tres mil maravedís con diez dias de cadena; y por la tercera pena de falso. En las instituciones de D. Ignacio de Aso y de D. Miguel Manuel en la palabra *falsario pag.* 252. se dice, que en esta pena rige principalmente la costumbre de cada pueblo. En el *cap.* 7. de la real cédula de 5 de febrero de 1728 á los empleados en la renta de sal, que usaren de medidas falsas, debiéndolas tener arregladas á las públicas, se les impone pena de privacion de empleo, multa de quinientos ducados, indemnizacion en quanto á los compradores perjudicados y dos años de destierro.

*Pena de los vivanderos, que falsifican los géneros, que se venden á la tropa.*

33 Por el *art.* 86. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. mil.* el vivandero, que en paz ó en guerra, siguiendo qualquiera cuerpo de tropa, hubiere falsificado el peso ó medida de los géneros, que vende á la tropa, ha de ser desterrado por seis años á presidio de Africa á trabajar en las obras reales con grillete, confiscándosele todos los géneros de la tienda ó puesto, en que se hizo el delito, indemnizándose á los que justifiquen perjuicio, y aplicándose lo sobrante al denunciador. En el *art.* 87. *ibid.* se previene, que los proveedores y municioneros, que falsifican peso ó medida de los géneros, que distribuyen á la tropa, tienen seis años de presidio cerrado en Africa con empleo en los trabajos y confiscacion de sus bienes, aplicados á los que justifi-

quen perjuicio y lo restante á la real hacienda. En el *art.* 86. *ibid.* se dice, que los vivanderos, que hubieren adulterado géneros, mezclando alguna especie de las que pueden ser perjudiciales á la salud, deben ser ahorcados: y en el 87. *ibid.* se impone á los proveedores y municioneros, que hubieren adulterado los víveres con mezcla de alguna especie notablemente dañosa á la salud pública, la pena de presidio perpetuo ó de muerte, segun los casos y circunstancias, y lo mismo á los que sabiéndolo lo disimulan dolosamente para utilizarse, sin advertirlo al ministro de hacienda ó guerra.

*De los que cometen falsedad en el manejo y venta de la sal.*

33 Del *cap.* 1. *y* 6. de la cédula de 5 de febrero de 1728 consta, que los que corren con el manejo de la renta de la sal, si la humedecen, mojan y mezclan, tienen privacion de sus empleos, dos años de destierro, y quinientos ducados de multa, mas ó ménos segun los hechos, personas y patrimonio, debiéndose aplicar á la renta, juez, y denunciador.

*De los boticarios, que cometen falsedad en la venta de medicinas.*

34 Los boticarios y otros, que venden falsas medicinas, son tambien dignos de severísimo castigo, porque á mas de la malicia comun á todo crímen de falsedad, contraen la de homicidas, impidiendo la curacion, por no dar lo que se les pide y estan obligados á dar, agravando muchas veces el mal con la mala calidad de lo que suministran. Cortiada *dec.* 88. *num.* 36. dice, que por la *ley* 3. §. 1. *Dig. de Crim. stellion.* es arbitraria la pena contra los boticarios y los drogueros; y trae exemplo de haberse en 1580 condenado á azotes y galera á un boticario, que con dolo despachaba medicinas adulteradas en una epidemia de Barcelona.

*De los que cometen fal-*

35 Por la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 1. *Rec.* el que pagare el trigo del diezmo, mezclado con paja, tierra,

*sedad en el trigo de diezmo.*

avena ó cosas semejantes, debe perder lo que así diere, pagándolo otra vez con las setenas, y sufriendo el destierro de seis meses.

36 Del crímen de falsedad real cometido con el hecho de presentar instrumentos falsos, y de ocultar los verdaderos, se ha hablado ya en la clase anterior.

*De los que falsifican nombres, marcas y sellos.*

37 Tambien parece, que pueden reducirse á esta clase los que fingen leyes, títulos y nombres, los que falsifican marcas, sellos, con otros semejantes, cuya pena por lo regular es arbitraria, *ley* 27. §. *ult. Dig. De leg. corn. de fals.*: la misma parece por derecho de Castilla, *Cur. Fil. Com. terr. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 12.: Calderó en la *decis.* 62. *n.* 1. *hasta el* 17. dice, que al artífice, que se apropia el signo de otro, se le aplica la pena arbitraria de falsedad, que, aunque en su principio era solo para los instrumentos ó testigos, despues se ha extendido á todo: *ibid.* dice, que nadie con daño de tercero puede tomar el nombre, apellido, insignias, título, marca, sello de otro, sin incurrir en crímen de falsedad, castigándose con pena arbitraria: y cita para esto dicha *ley* 27. §. *ult.* y la 13. *ibid.*

*De los que fingen reglas de gobierno.*

38 Como el fingir leyes y reglas de gobierno, es delito de lesa magestad me remito en quanto á esto á lo que se ha dicho en el *cap.* 3. *de los Prelim. num.* 18. con expresion de las penas publicadas con bando de 1 de abril de 1767.

*De los que se valen falsamente del nombre de su xefe y magistrado.*

39 En el *art.* 120. *tit.* 10. *trat.* 8. *Ord. milit.* está mandado, que el militar, que se valiere del nombre de xefe ó magistrado, sin habérsele dado facultad para ello, debe ser castigado con proporcion á las circunstancias del caso; y en el *artic.* 109. *ibid.*, que al que disimulare su nombre,

apellido, patria, edad ó religion al tiempo de sentársele su plaza, se le condene á servir por ocho años en los arsenales.

*De los suplantadores de géneros extrangeros por españoles.*

40 Los que suplantan géneros españoles ó géneros extrangeros por españoles con marcas, sellos falsos ó de otro modo, para el diferente pago de derechos en lo relativo á los del comercio de Indias tienen por el *cap.* 18. del último reglamento de 12 de octubre de 1778 la pena de confiscacion de quanto les pertenece en los buques y cargazones, cinco años de presidio en uno de los de Africa, privacion para siempre de hacer el comercio á Indias, y los ministros de aduanas cómplices privacion de empleos y demas castigos, que corresponden á los defraudadores de rentas reales. Por el *cap.* 30. *ibid.* parece, que á los que falsifican marcas ó despachos para dicho fin se añade el comiso del buque, si fuere de los mismos. Con carta del Secretario de la Junta de comercio de 6 de febrero de 1779, escrita al Intendente de Cataluña, se renovó de órden de dicha Junta la observancia del *cap.* 18. *y* 27. del comercio libre de Indias, que es el expresado de 1778, mandando, que en las manufacturas nacionales se ponga la marca y sello, de que usen los veedores del gremio ó fábrica, donde se halle establecida, so pena de perdido el género, aplicándose por terceras partes al denunciador, si le hubiere, juez de primera instancia y fisco, y á los que suplantan de marca ó sello y cooperan á la falsificacion las penas del *cap.* 18.

*Del parto supuesto, y de la gravedad de este delito.*

41 El parto supuesto es tambien delito de los que pertenecen á esta clase, y gravísimo por el trastorno de familias y de derechos, que respectivamente se dan y quitan á quien no correspon-

de. Por la *ley* 1. *Cod. de Fals.* parece, que la pena es capital é imprescriptible por la *ley* 19. §. 1. *Dig.* en el mismo título.

*su pena por derecho de Castilla.*

42 Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 1. *cap.* 25. trata de los que suponen y persuaden partos fingidos: dice, que la pena de este delito es de muerte segun tres autores, que cita; pero que lo mas verdadero es, que tiene pena de falsedad, segun Gomez á la *ley* 83. de las de Toro *num.* 12. Por la *ley* 3. *y* 6. *tit.* 7. *part.* 7. la pena de parto supuesto en los esclavos es de muerte, y en los libres de destierro perpétuo á isla con confiscacion de bienes sino tienen ascendientes ni descendientes dentro del tercer grado: *ibid.* dice Pradilla, que las comadres, que en esto son cómplices, suelen azotarse públicamente, y que así lo vió practicar en la Real Audiencia de Valladolid.

*por derecho de Cataluña.*

43 Peguera en el *tom.* 1. *Decis. cap.* 80. *n.* 8. interpreta la pena capital de la *ley* 1. *Cod. Ad leg. corn. de Fals.* por de muerte natural. Calderó *dec.* 61. trata de este delito: cita la misma *ley* 1., que trata de la causa de parto supuesto, como de causa capital: pero dice bien Calderó, que para ser pena capital por derecho romano no debe ser de muerte; que la de parto supuesto es arbitraria, como la de falsedad en general; y que segun las circunstancias pudiera agravarse hasta de muerte: trae algunas presunciones y conjeturas.

*De los que arrancan mojones.*

44 Puede cómodamente reducirse á la clase de delitos, de que tratamos, el de los que por usurpar término y ampliar su heredad ó para confundir la jurisdiccion y término entre algunos pueblos ó particulares, arrançan el término, linde, ó mojon, mudándole por lo comun, ó dexando absolutamente quitada aquella señal de division,

contra lo que manda la ley natural, y el mismo Dios en el *cap. 19. ver. 14. del Deuteronomio*, en donde se lee: *non assumes et transferes terminos proximi tui, quos fixerunt priores in possessione tua.*

45 La pena de este delito es arbitraria por derecho civil, y de obras públicas para los de inferior condicion, y de relegacion para los otros, *ley 1., ley 2., ley 3. §. ult. Dig. de Termin. moto* con multa de cincuenta aureos por cada mojon arrancado, *ley 3 in princ. ibid.* En la *ley 30. tit. 14. part. 7.* hay para este delito la pena de cincuenta maravedis de oro, la de perder todo lo que tuviere en la heredad, en que quiso ganar el que mudó los mojones, ó de pagar otro tanto de lo que tomó sino era suyo. Pradilla *Sum. de ley. pen. part. 1. capit. 26.* dice, que tanto por derecho civil como del de Castilla es en el dia pecuniaria la pena á arbitrio del juez, pagándose además el daño ocasionado y perdiéndose el derecho.

*su pena por derecho romano y de Castilla.*

46 No solo es prohibido el adulterar ó falsear las cosas, sino tambien el usar de ellas, como si no fuesen falsas; aunque el que usa, ó se vale de cosas adulteradas, no hubiese concurrido ó tenido parte en la falsedad: y este es el quarto modo: se tiene este delito por crímen de falsedad aun en dichas circunstancias, como puede verse con lo que se ha dicho de los que usan de falsos instrumentos, pesos, medidas, marcas, sellos, y otras cosas semejantes: la razon será, porque el que usa de dichas cosas contribuye por su parte á que subsista la cosa falseada, por mas que él no haya sido autor de que empezase á serlo, ó porque en realidad altera la verdad con dolo y perjuicio, dando por exemplo quatro quintos de una fanega de trigo en lugar de la fanega entera, que dice ó supo-

*De los que usan cosas falsificadas, y su pena.*

ne dar: por esto algunos de los que usan de cosas falsas han tenido antes oportuno lugar: y puede este quarto modo entenderse no separado del todo del tercero.

## §. XVII.

### *De las talas de montes, bosques y campos.*

*De la tala de bosques y campos.*

1 El talar, destruir, ó arruinar los campos, ó las mieses y árboles, no es propiamente hurto, quando no se hace para ganar apropiándose la cosa agena, *ley 7. §. 1. Dig. Arbor. furt. caes.*: pero debe quedar comprehendido en esta seccion por lo que con él se damnifica al próximo en la pérdida ó destruccion de los bienes: en la conservacion de los expresados deben ser solícitos los legisladores por la razon de estar expuestos á la injuria de los hombres, sin la defensa y custodia, con que qualquiera puede tener los demas bienes dentro de sus casas: esto es en algun modo semejante á lo que se ha dicho al hablar de la circunstancia agravante del lugar en quanto al hurto. Los que ocultamente talan árboles y señaladamente las vides, dice la *ley 2. Dig. Arbor. furt. caes.*, que han de castigarse como ladrones y con el dos tanto, *ley 7. §. últ. ibid.*, lo mismo la *ley 28. tit. 15. part. 7.*

*Hasta los propios dueños de los árboles tienen limitada la facultad en quanto á cortarlos.*

2 Aun en quanto á árboles propios, y de los montes de comun aprovechamiento de los pueblos, está limitada la facultad de cortarlos. Por el *capit. 17.* de la cédula de 7 de diciembre de 1748 qualquiera, que sin licencia por escrito de la justicia se aprehenda arrancando el pie de un árbol de los montes, de que habla dicha cédula, por la pri-

mera vez incurre en la pena de mil maravedis, en en la segunda doble, y en la tercera en la multa de veinte y cinco ducados y quatro campañas, pudiendo conmutarse en los que no tuvieren bienes, con que satisfacer, en arbitraria de limpiar, desbrozar, componer ó disponer la tierra para plantar ó sembrar.

*Pena de este delito por derecho de Castilla y de Cataluña.*

3 En Cortiada *decis.* 109. *num.* 16. *y* 17. y en la *Compilatio Practicalis* de Amigánt, *tit.* 14. *numer.* 32. se dice, que el que tala los campos destruyendo, y arruinando las mieses ó los sembrados tiene pena de muerte, y si no es grande el daño arbitraria.

4 Del mismo lugar de Cortiada parece, que en Castilla la pena de este delito es arbitraria.

## §. XVIII.

### *Del incendio.*

*Del incendio, y de la gravedad de este delito.*

1 Con incendio malicioso se damnifica al próximo quemando y abrasando chozas, casas, almacenes, mieses y qualquer especie de cosa. Este delito es gravísimo, porque nunca es poco el daño, que se causa con él, y sumamente dificil de precavernos contra sus autores por los muchos modos, con que con una pequeña partícula de fuego pueden los delinqüentes causar y han causado muchísimas veces los mayores estragos. Los incendiarios de mieses por el mismo motivo de la suma dificultad en precavernos contra ellos, y por lo que interesa el público en la seguridad y conservacion de las cosas mas expuestas, y difíciles de conservar, se suelen castigar en todas partes severísimamente.

*su pena por derecho canónico.*

2 Por derecho canónico los incendiarios de iglesias, lugares sagrados, y religiosos, quedan excomulgados *ipso facto* con excomunion reservada al Sumo Pontífice, *cap. 19. de Sent. exc.*: los incendiarios de edificios profanos deben condenarse á tres años de penitencia, *cap. 6. de Iniur.*, y han de ser descomulgados por sentencia de juez, *canon 31. 32. caus. 23. quaest. 8.*: ninguno de los dichos debe ser enterrado en lugar sagrado, no habiendo resarcido los daños, ó dado caucion, *canon. 32.* citado y *cap. 5. de Raptor.*

*por derecho romano.*

3 Por derecho romano de las *leyes 9. y últ. Dig. de Incend. ruin. et naufr.*, del §. 1. *Inst.* del mismo título, y de la *ley 28. §. 12. Dig. de Poen.* parece, que es arbitraria la pena de este delito, pero que recayendo en cosas graves es de muerte, y que por lo regular se queman los reos.

*por derecho de Castilla.*

4 En quanto á derecho de Castilla por la *ley 6. tit. 12. lib. 8. Rec.* tiene pena de muerte el incendiario de casas ó mieses, y pierde la mitad de los bienes para la cámara por la *ley 8. tit. 26. lib. 8. Rec.*: en los otros casos de talar, ó dañar en otros bienes, la pena es el quatro tanto, dicha *ley 6. t. 12.*

*por ordenanzas militares.*

5 En quanto á militares en el *art. 80. tit. 10. trat. 8. Ord. mil.* se impone á los incendiarios pena de muerte, y á los que lo fueren de lugares sagrados, casas ó sitios reales, quarteles, en que haya tropa, parques, almacenes de víveres ó municiones, la de ser ahorcados y desquartizados.

*No deben destinarse á arsenales de marina los incendiarios.*

6 En el *tom. 3.* de los *Juzgados militares* de Colon *pág. 106.* se trae una órden comunicada en 19 de abril de 1775 por el Sr. D. Julian de Arriaga al Comandante General del Ferról, que de allí mismo consta haberse pasado circular á los generales é intendentes de los departamentos de marina,

De ella consta haber declarado el Rey á consulta del Consejo de Castilla, que no debe imponerse la pena de arsenales de marina á ningun reo de delito de incendiario, entendiéndose por tal no solo el que lo fuere de montes, dehesas ó mieses, sino todo el que en algun modo hubiere puesto fuego á casa particular, edificio público ó prision, para procurarse la fuga, ó con qualquier otro motivo. Consta de la misma carta, que mandó S. M. advertir por el mismo Consejo de Castilla á los tribunales del reyno, que en adelante no condenen á dichos arsenales á semejantes delinqüentes, y que los que se hallaban entónces detenidos en el Ferról fuesen destinados á uno de los presidios cerrados de África por el mismo tiempo de su primitiva condena á arsenales.

## §. XVIIII.

### *De la mala versacion de caudales agenos.*

*De la mala versacion de caudales agenos, y de la pena de este delito, aun quando no hay dolo.*

1 La mala versacion de caudales agenos no es propiamente hurto, porque no se pretende enriquecer con ellos el que los disipa, ó no entendemos esto por mala versacion, sino la aplicacion ó inversion de caudales á otros fines de los que corresponde, con negligencia ó descuido en el manejo de ellos: esta aplicacion ó inversion puede ser con dolo ó sin él: en el primer caso es delito, en el segundo no lo es. Por consiguiente ya está visto quál de estas dos malversaciones debe ser aquí nuestro objeto: y en quanto á la que es sin dolo debo decir solamente, que los condenados en juicio civil de accion directa de tutela, compañía, depósito y mandato son por derecho infames, *ley* 1.,

*ley* 6. §. *ult. Dig. de His qui not. inf.*, §. 6. *Inst. de Suspect. tutor.*, siendo la razon de esto, el que los tres contratos referidos, y el quasi contrato de la tutela, solo recaen en aquellas personas, que son de nuestra mayor amistad y confianza: y la culpa y negligencia en las cosas de nuestros amigos, aunque no llegue á ser dolosa del todo, merece la pena de infamia. Así defiende Vinio al citado §. 6., que incurre en ella el tutor separado de su tutela por la sola negligencia ó culpa, que llaman *lata* los juristas.

2 De esto mismo puede colegirse la gravedad de este delito, quando llega á serlo la mala versacion en estos casos de compañía, tutela, mandato y depósito, que son los regulares, en que comunmente suelen recaer las malversaciones de cosas y caudales agenos.

*su pena es arbitraria.*

3 La pena de este delito por la multitud y variacion de circunstancias, con que puede cometerse, es arbitraria segun parece de la *decis.* 25. *n.* 35. de Tristany: de la misma consta, que la mala versacion de caudales, ó bienes de algun comun ó cuerpo político, se castiga con pena extraordinaria, y que la regular es privacion y suspension del oficio, agravándose segun los casos y circunstancias.

*De la pena de este delito en depositarios de caudal real.*

4 Sobre esta materia deben tenerse presentes los decretos reales, de que se ha hecho mencion en el *cap.* 5. *sec.* 2. *art.* 2. §. 13. *n.* 7. *y* 8., en órden á depositarios, arqueros y á otro qualquier empleado con semejante título.

## §. XX.

*De los que con dolo faltan á alguna de las obligaciones, que nacen de los contratos y principios de adquisicion.*

1 A esta misma clase de delitos pueden reducirse los que maliciosamente faltan á alguna obligacion de contrato, de última voluntad, de patria potestad, dominica ó otra qualquiera, que son los principios, de que dimana el derecho de justicia conmutativa: y son infinitas las obligaciones y delitos, que pueden de este modo cometerse, si á mas del interes del particular versa interes público, y con dolo se altera el órden de las cosas, como el que ha afianzado por algun preso, el qual por la *ley* 4. *Dig. de Cust. reor.* está obligado á la pena pecuniaria, que se hubiere estipulado, ó decretado por el juez, y quando no se hubiese prometido ninguna se castiga arbitrariamente. Peguera en el *tom.* 1. *Decis. cap.* 47. trata del caso, en que alguno se ha obligado en calidad de fiador á presentar al reo siempre que fuere requerido, y de que despues de haberle vuelto á poner preso el juez ha escapado de la cárcel: defiende y bien, que en este caso no incurre en la pena el fiador: admitiendo su caucion fiaba el juez la custodia del reo del que la afianzó: mas volviendo á ponerle preso no fia de él, y renuncia el derecho: trae algunos exemplos bastante conducentes para inducir renuncia del derecho de la fianza en el expresado caso: y dice haberlo visto siempre practicar así.

*De los que dolosamente faltan á los contratos, y del que afianzó por un reo.*

2 El piloto ó marinero, que por dolo ó engaño para poder robar, pierde la nave, ó la enca-

*Del que con dolo encami-*

*na la nave á lugares peligrosos.*

mina á lugares peligrosos, para que se pierda, tiene pena de muerte, *ley* 10. *tit.* 9. *part.* 5.

*De otros delitos semejantes en general.*

3 Pradilla *Sum. de ley. pen. part.* 2. *caso* 22. trae casos, en que se incurre en alguna pena, por perjudicar al derecho de otro en punto de testamentos, en los quales y en otros semejantes no es preciso detenerme, por no ser de mucho uso, y porque siempre quedarian infinitos é innumerables casos, en que pueden los hombres, faltando á los principios de adquisicion, dominio, y todos sus efectos, cometer algun delito, y quedar sujetos á la pena arbitraria segun los casos y la aproxîmacion del delito á alguna de las clases, que he distinguido.

## §. XXI.

### *De la estafa ó estelionato.*

*Del estelionato y su pena.*

1 Estafa ó estelionato se llama qualquier engaño, hecho con malicia sobre materia de dinero, ó cosa de precio y estimacion, que en realidad es hurto con máscara de empréstito ó con otro color ó pretexto. El nombre de estelionato suele ser propio de los delitos, que carecen de nombre, *ley* 3. §. 1. *Dig. de Crim. stellion.*: la pena es arbitraria, *ley* 2. *y* 3. §. 2. *Dig. de Crim. stellion.*: y parece que no puede ser otra, atendida la infinita variedad de casos iregulares y nuevos, que pueden ocurrir, y que este delito es propio de los casos complicados y varios, que no pueden comprehender expresamente las leyes.



